

JUSTIÇA NEGOÇIAL NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

PERSPECTIVAS EM PROL
DA RESPONSABILIDADE
SOCIAL DA EMPRESA

ALEXANDRE MAGNO
AUGUSTO MOREIRA



JUSTIÇA NEGOÇIAL NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

PERSPECTIVAS EM PROL
DA RESPONSABILIDADE
SOCIAL DA EMPRESA

ALEXANDRE MAGNO
AUGUSTO MOREIRA



© 2025 Edição | Amistad Editorial
© 2025 Texto | Alexandre Magno Agusto Moreira
Todos os direitos reservados

1ª Edição

Amistad Editorial

CNPJ: 59.425.556/0001-72

www.amistadeditorial.com.br

(44) 99940-2257

Rua Desembargador Munhoz de Mello,
3800, Sala 202, Centro
Umuarama - PR, 87501-180

Editor-chefe

Celso Hiroshi Icohama

Editor-executivo

Diego Bianchi de Oliveira

Diagramação e arte

Equipe Amistad

Revisão

Autor

Conselho Editorial

Amos Arturo Grajales (Argentina)

Arthur Mendes Lobo (Brasil)

Cristian Marcelo Contreras Rojas (Chile)

Elaine Haarzheim Macedo (Brasil)

Fabio Caldas de Araújo (Brasil)

Flavia Piva Almeida Leite (Brasil)

Gonçalo Sopas de Melo Bandeira (Portugal)

Janaína de Castro Marchi Medina (Brasil)

José Miguel Garcia Medina (Brasil)

Jussara Borges Nasser Ferreira (Brasil)

Luiz Rodrigues Wambier (Brasil)

Manuel Enrique Espino Pinzon (Panamá)

Manuela de Oliveira Soares (Brasil)

Priscila Machado Martins (Chile)

Wilson Engelman (Brasil)

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

M838

Moreira, Alexandre Magno Augusto

Justiça negocial nos contratos de franquia: perspectiva em prol da responsabilidade social da empresa / Alexandre Magno Augusto Moreira. -- 1. ed. -- Umuarama, PR : Amistad Editorial, 2025.

338p. : 23 cm

ISBN (físico) 978-65-987997-1-7

ISBN (digital) 978-65-987997-0-0

1. Franquias (Comércio varejista) – Administração 2. Franquias (Comércio varejista) - Manuais, guias etc. 3. Responsabilidade social das empresas
I. Título.

25-285552

CDD 658.8708

Aline Grazielle Benítez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização do autor e da Amistad Editorial. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s) autor(es).



À minha amada esposa (Vanessa Schaedler Moreira) pela paciência e incentivo por todos estes anos de envolvimento. Aos meus filhos (*dogs pet*).
Aos meus familiares. À todos eles, nada disso seria possível

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento especial, a minha esposa Vanessa Schaedler Moreira, que esteve ao meu lado em todos os momentos (literalmente), desde o dia da iniciativa do ingresso no Programa de Doutorado, até o final da escrita.

Aos *Dogs Pets*, companheiros(as) fiéis de execução e desenvolvimento dos créditos do Doutorado, e dos escritos desta humilde tese. Permaneceram de forma incansável ao meu lado, especialmente, em períodos de pandemia, onde a solidão era suprida (e muito) pelo afeto de quem só tem amor para compartilhar.

Aos meus pais (Haroldo Augusto Moreira e Sirlei Passuello Moreira) e familiares, rendo meus agradecimentos, pela oportunidade de estar fisicamente e mentalmente, em momentos de reflexão e conquistas, como o que ora se solidifica.

Aos meus professores do PPGD do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), sem citar nomes, pois seria de grande infelicidade deixar de fazer menção a qualquer um deles, parte integrante e indispensável de tamanho conhecimento técnico e humano transmitido.

Rendo meus agradecimentos especiais, a figura do ilustre professor Dr. Clayton Reis, pessoa iluminada, a quem por infelicidade tive pouco contato físico, pelos infortúnios da pandemia. Contudo, os momentos das aulas de Fundamentos Jusfilosóficos da responsabilidade social, foram suficientes para que pudesse compreender, o quão especial, seus ensinamentos foram indispensáveis para o meu crescimento como pessoa e profissional. Meus sinceros agradecimentos professor e amigo Clayton!!

Aos colegas que tive o privilégio de conviver nos períodos de atividades curriculares dos créditos, sem citar nomes, pelos mesmos motivos já apresentados. Saibam, que o meu crescimento se deve muito às conversas profissionais e pessoais que tivemos.

Representando o todo (professores, colaboradores administrativos e alunos), meus agradecimentos à professora Dra. Viviane Coêlho Séllos-Knoerr, que com grande profissionalismo e humanidade, nos conduziu com maestria durante todo esse tempo. Você é uma mulher de garra professora, e muito admirada por este que vos fala.

APRESENTAÇÃO

A presente obra tem por objetivo trazer ao leitor, curiosidades na seara do direito empresarial, com foco na cidadania, sob a perspectiva do alcance da responsabilidade social da empresa, com foco na aplicação da justiça negocial.

A justiça negocial que se analisa na obra em apreço é a negociação, sob o viés do direito colaborativo (*collaborative law*), prática oriunda do direito norte americano, introduzida por Stuart Webb.

Por tal premissa, pretende-se como proposta, a aplicação da negociação colaborativa (*collaborative law*), como cláusula limitativa/prévia de acesso à jurisdição nos contratos de franquia, instrumento adequado de solução de conflito em prol da responsabilidade social da empresa.

Para atingir tal desiderato, o trabalho discorre em seu desenvolvimento, apontamentos jurídicos sobre o incentivo a desjudicialização, notadamente sob uma perspectiva sustentável, em análise a agenda global 2030, e ODS 16, no sentido de promoção de sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

Em complemento, utiliza-se como fundamento teórico, os contratos de franquia, com análise na autonomia da vontade e liberdade contratual como premissas contratuais, com foco na justiça contratual como representação máxima da função social dos contratos.

Em ato contínuo, desenvolve-se aportes teóricos sobre a negociação como perspectiva metodológica de instrumento adequado de satisfação dos conflitos, com ênfase no modelo colaborativo, em especial, na perspectiva de estudo do modelo da negociação colaborativa proposto por Stuart Webb.

Não menos importante, e como forma de justificar a aplicação de

cláusulas negociais prévias em contratos empresariais, desenvolve-se a aplicação da negociação colaborativas nos contratos de franquia, sob uma perspectiva jus-econômica, levantando considerações teóricas atrativas ao leitor, da defesa de cláusulas negociais nos contratos incompletos.

Por derradeiro, na pretensão de defesa em favor de cláusulas negociais prévias, limitativas de acesso à jurisdição, busca-se como proposta a aplicação da negociação colaborativa, como cláusula limitativa prévia de acesso à jurisdição e ao processo arbitral, disposta nos contratos de franquia, como resposta em favor da responsabilidade social da empresa.

Na espera de que os estudos debatidos e defendidos na presente proposta, sirvam de luz aos caminhos daqueles que combatem o litígio, nele representado pelo processo judicial, como *ultima ratio* no processo de pacificação social.

PREFÁCIO

O livro revela a personalidade do autor que o escreveu. A linguagem e seu conteúdo descrevem o conhecimento e a cultura de quem elaborou a obra literária ou científica. O ato de pensar e descrever o que se pensa é uma forma de interpretar o que enxergamos de maneira visual e cognitiva. O que importa nesse processo não reside no que estamos vendo, mas sim, no ato de analisar e descrever criticamente os fatos que estamos observando.

Somente os espíritos críticos e cultos possuem habilidades perceptivas, para observar e interpretar os fatos que ocorrem ao seu redor de forma analítica. Pontes de Miranda assinala que “*o homem do senso comum, o homem sem vida meditativa não abstrai. O seu mundo de espécies é assaz exíguo: cor, número, tamanho dos objetos, Zeus*”. A categoria daqueles pensam de forma reflexiva e crítica é diminuta diante da multidão.

René Descartes sintetizou através de célebre frase, uma reflexão que mudou a forma de pensar da humanidade – *penso, logo existo*. O pensar analítico e crítico consiste em uma atividade que exige do pensador conhecimento e sobretudo cultura, que o torne capaz de assimilar as adversidades presentes nas pessoas e nos fatos que as circundam. O homem consciente é uma pessoa que despertou perante a realidade da vida, capaz de compreender o significado e a razão dos fenômenos humanos que transcorrem durante a passagem existencial.

Os autores de livros conseguem desvendar o mistério presente nos fatos intrigantes, mediante espírito investigativo e perquirição para extrair conclusões racionais e lógicas sobre os fenômenos humanos e naturais que despertaram sua capacidade de enxergar. Richard Tarnas ensina que *a beleza é apenas um atributo do particular, não sua essência*. O que significa concluir que o essencial é invisível aos olhos e, que deve ser desvendado através da percepção presente

na mente dos pesquisadores. Nessa linha de intelecção, podemos afirmar que o professor Alexandre Magno Augusto Pereira compreendeu o significado da sua proposta de tese de doutorado. E, compreender, segundo Miguel Reale, *não é ver as coisas segundo nexo causais, mas ver as coisas na integridade de seus sentidos ou de seus fins, segundo conexões vivenciadas valorativamente.*

Os autores de livros são pessoas sensíveis e perceptivas que desenvolveram capacidade de ver o que não enxergamos no cotidiano, à frente de um mundo multifacetário. Representam um seletº grupo de pessoas que desenvolveram a nobre arte de captar sons disformes e transformá-los em melodias, de conferir sentido às palavras usuais, de sentir a sutileza captadas pelos artistas em suas telas, capaz de ver o escultor converter o mármore bruto na majestosa pietá de Michelangelo.

São pessoas, segundo proclama Miguel Reale, que assimilaram o sentido de que *cultura é compreensão; e compreensão é valoração. Compreender, em última análise, é valorar, é apreciar os entes sob primas de valor, vivenciando-os.* O autor do presente livro, através do seu saber investigativo, conseguiu valorar o conteúdo do seu tema e desenvolvê-lo com maestria, para concluir com argumentos lógicos e jurídicos.

Rosa Maria de Andrade Nery ao prefaciar o livro do Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite, “Direito e Literatura: A verdade na ficção”, proclamou que, *pois o autor que o leitor deseja é um autor cuja obra tenha ficado, para além da sua vida(...) porque para a avaliação de sua identidade, o leitor só precisa saber do autor aquilo que se encontra entre ele sua obra.*

Alexandre Magno Augusto Moreira, foi nosso aluno no curso de mestrado e Doutorado do PPGD do Instituto Anima Unicuritiba. Sempre se destacou durante o período letivo, com sua participação nos debates, através de profundas reflexões sobre o conteúdo dos temas abordados nas disciplinas. Nas avaliações contínuas, em que os alunos produzem comentários críticos sobre frases que instigam o raciocínio conclusivo, demonstrou através das suas profundas observações acurada habilidade interpretativa. Nessa linha de intelecção, estou à vontade para afirmar que sua tese, que ora se converte em livro, é o resultado de profundo estudo e pesquisa sobre tema relevante.

É indiscutível que a sociedade moderna passa por transformações de grande relevo no contexto social, político e econômico. As regras jurídicas distanciaram-se do extraordinário compasso que mudaram de forma substancial as relações negociais. A maior evidência dessa realidade, se observa no Projeto do Código Civil Brasileiro que inicia sua tramitação no Congresso Nacional. As

propostas sugeridas pela comissão de notórios civilistas, envolvem temas que se encontram desatualizados e em descompasso com a modernidade tecnológica, social e econômica. Referida desatualização gera insegurança jurídica e, por consequência, desarmonia no ambiente social. Assim, novos instrumentos normativos se tornam necessários para aprimorar o arcabouço jurídico e permitir o restabelecimento da ordem violada.

A Negociação colaborativa como cláusula limitativa de acesso à jurisdição nos contratos de franquia pesquisado pelo autor, revela um instrumento negocial com grandes efeitos em benefício da responsabilidade social corporativa. Na sua proposta o autor, se vale do *collaborative law* defendido por Stuart Webb, utilizando a metodologia da negociação pelo modelo da escola de Harvard, para então desenvolver teoricamente o modelo do direito colaborativo proposto. Sabidamente que a franquia representa na contemporaneidade, um dos contratos negociais de real importância na seara negocial, que vem sendo frequentemente utilizado por franqueados. O alcance social desenvolvido pelo autor, em razão da sistemática defendida, propicia *manutenção da relação contratual e do diálogo, proporciona benefícios na governança corporativa, sociais e ao meio ambiente pela política global de pacificação de conflitos sustentáveis*.

Para concluir com suas referidas assertivas, o autor debruçou-se em vasta pesquisa doutrinária e documental para desenvolver sua tese através de 328 laudas, com excelentes conteúdos que restaram devidamente justificados, através de mecanismos aplicados aos contratos de franquia para, de forma precisa encontrar soluções alternativas, com o objetivo de propiciar benefícios através de política global de pacificação de conflitos sustentáveis.

Sua linguagem escorreita e precisa, funda-se em princípios axiológicos que devem a mover a sociedade, especialmente na contemporaneidade, que peca pelo abuso e distanciamento dos elevados propósitos que devem pautar as pessoas e os negócios no ambiente social. Nesse particular, o autor destaca referidos valores quando pontua em seu texto, “...o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

O autor ainda aponta em seu trabalho que não se trata de uma proposta de judicialização de conflitos. Mas uma forma de arbitramento dos conflitos ao alcance de uma *ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada* (Watanabe, 2011), para trazer à lume, a obrigação de estabelecer uma política pública adequada de

tratamento de conflitos, no incentivo de métodos (extra)processuais adequados de solução de conflitos. Na verdade, soluções compatíveis para conferir aos conflitos respostas adequadas e coerentes com a pacificação de conflitos sustentáveis. Na mesma linha de intelecto, o autor se refere à *Agenda 2030 aprovada pela ONU incorporou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).* Destaca-se o ODS n. 16, denominado “*Paz, Justiça e Instituições Eficazes*”, com a finalidade de promover sociedades 282 pacificadoras e proporcionar o acesso à Justiça para todos, no sentido de construir instituições eficazes.

Neste contexto, o doutor Alexandre Magno Augusto Moreira através da sua laboriosa pesquisa desenvolveu extraordinário conteúdo, com grande significado nos conflitos da natureza estudada. Nessa linha, pontua que seu propósito não é apenas solucionar conflitos negociais, mas, sobretudo, propor soluções alternativas com o objetivo de equacioná-los em benefício da responsabilidade social corporativa.

A obra, pelo seu alcance social corporativo, certamente contribuirá enormemente para soluções dos destacados conflitos. Por esta razão, a banca examinadora, formada por expressivos doutores do PPGD do ANIMA UNICURITIBA, aprovou o candidato com nota máxima para a obtenção do título de Doutor em Direito, seguida da recomendação para publicação da sua tese, em razão da sua importante contribuição para o mundo jurídico.

Prof. Dr. Clayton Reis.

Professor Permanente do PPGD do ANIMA UNICURITIBA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1 A DESJUDICIALIZAÇÃO E AS FORMAS CONSENSUAIS COMO JUSTIFICATIVA PACIFICADORA DE CONFLITOS PARA O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA.....	29
1.1 A EVOLUÇÃO DA EXPRESSÃO “ACESSO À JUSTIÇA”	31
1.2 DA JUDICIALIZAÇÃO À DESJUDICIALIZAÇÃO: UMA JUSTIFICATIVA TEÓRICA PARA O PRESENTE ESTUDO	37
1.3 A AGENDA GLOBAL DE 2030 E OS OBJETIVOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA PROPOSTA PARA O ACESSO À JUSTIÇA SUSTENTÁVEL	44
1.4 AS FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO MEDIDA ÚTIL PARA O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO: DAS ADRS ÀS ODRS	55
2 CONTRATOS DE FRANQUIA: O FUNDAMENTO TEÓRICO E AS PERSPECTIVAS PRINCIPIOLÓGICAS NO FORMATO DA CONTRATAÇÃO.....	67
2.1 O CONTRATO DE FRANQUIA EM SUA FASE HISTÓRICA	68
2.2 O CONCEITO E A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE FRANQUIA	79
2.3 O FUNDAMENTO NOS CONTRATOS DE FRANQUIA.....	85
2.4 A AUTONOMIA DA VONTADE E A LIBERDADE CONTRATUAL COMO SUPORTE ESTRUTURAL NOS CONTRATOS	92
2.5 O AUTORREGRAMENTO DO DIREITO MATERIAL AO PROCESSUAL: BASE TEÓRICA PARA JUSTIFICAR A LIBERDADE DE PACTUAÇÃO CONTRATUAL (EXTRA)JUDICIAL.....	99
2.6 A LIBERDADE CONTRATUAL E A CORRELAÇÃO COM A JUSTIÇA CONTRATUAL – REPRESENTAÇÃO MÁXIMA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....	108

3 A NEGOCIAÇÃO PRESENTE NOS CONTRATOS DE FRANQUIA	121
3.1 O FUNDAMENTO DA NEGOCIAÇÃO: POR UMA FORMA CONSENSUAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	122
3.2 DAS ESPÉCIES DE NEGOCIAÇÃO PRESENTES NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	133
3.3 OS ELEMENTOS FORMAIS E METODOLÓGICOS PRESENTES NA NEGOCIAÇÃO	141
3.4 A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA: UMA PROPOSTA DE FORMA CONSENSUAL EM PROL DA EFETIVA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS	157
4 POR UMA PROPOSTA DE APLICAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	181
4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O FUNDAMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	183
4.2 UMA ANÁLISE TEÓRICO-EVOLUTIVA DA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO: PREMISSAS PARA A JUSTIFICATIVA JUS-ECONÔMICA DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA	196
4.3 A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O VIÉS DOS CONTRATOS INCOMPLETOS	206
4.4 PREMISSAS TEÓRICAS DOS CONTRATOS INCOMPLETOS: UMA PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO AOS CONTRATOS DE FRANQUIA COMO JUSTIFICATIVA DE APLICAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA	214
4.5 A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA COMO INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO: UMA PROPOSTA A PARTIR DA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	224
5 A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA COMO CLÁUSULA LIMITATIVA PRÉVIA DE ACESSO À JURISDIÇÃO E AO PROCESSO ARBITRAL NOS CONTRATOS DE FRANQUIA: UMA PROPOSTA EM PROL DA RESPONSABILIDADE SOCIAL	239
5.1 A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA COMO CLÁUSULA LIMITATIVA DE ACESSO À JURISDIÇÃO NOS CONTRATOS DE FRANQUIA: UMA PROPOSTA ANÁLOGA A MEDIAÇÃO	241
5.2 CLÁUSULAS ESCALONADAS E HÍBRIDAS NOS CONTRATOS DE FRANQUIA: UMA PROPOSTA DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA DE FORMA PRÉVIA E ALTERNATIVA AO PROCESSO ARBITRAL	252
5.3 A RENEGOCIAÇÃO POR INTERMÉDIO DA CLÁUSULA HARDSHIP COMO ILUSTRAÇÃO TEÓRICA	257

5.4 POSTURA E COMENTÁRIOS SOBRE AS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS A RESPEITO DA SUBMISSÃO DA NEGOCIAÇÃO PRÉVIA: UMA INTERPRETAÇÃO ANÁLOGA.....	261
5.5 A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA LIMITATIVA A HETEROCOMPOSIÇÃO: UMA PROPOSTA EM PROL DA RESPONSABILIDADE SOCIAL	269
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	285
REFERÊNCIAS	299

INTRODUÇÃO

O fato de o ser humano se encontrar em constante evolução não é notícia recente. A premissa de tal assertiva deve-se às constantes transformações que a sociedade perpassa no contexto da contemporaneidade, notadamente decorrentes de uma personalidade que requer resposta imediata aos casos e acasos rotineiros.

Sob tal afirmação, o indivíduo envolto em organizações ou instituições pretende, com a constante evolução decorrente de uma sociedade de transformação, tornar-se onipresente e participativo a toda e qualquer relação, com o intuito de tornar-se valorizado e, ao mesmo tempo, influente/influenciado aos fatos que lhe dizem respeito e que possam interferir em suas relações.

Esses respectivos relacionamentos manifestam-se de forma afetiva, econômica, política ou social, podendo ainda, frequentemente, atuarem de forma simultânea em razão do contexto em que o indivíduo em sociedade se encontra inserido.

Com a pessoa jurídica as relações não se diferem. Transitam em grande evolução; transformam-se e adaptam-se diuturnamente com a finalidade de desenvolver, dentro dos preceitos da norma cogente, a ideologia de produção, a circulação de produtos ou a prestação de serviços, sempre com finalidade lucrativa.

Ocorre que essas relações - oriundas do desenvolvimento tecnológico, do imediatismo de respostas, do afã da busca de solução dos problemas de forma iminente, com resposta pronta para toda e qualquer indagação - surgem no contexto das relações da denominada assimetria de informação.

A informação assimétrica pode ser provocada por má compreensão de mensagens, transmissão de sentidos e significados decorrentes da linguagem e interpretação subjetiva de cada indivíduo, ou, até mesmo, pela intenção de provocar interpretações que induzam

a erro ou, dolosamente, causem prejuízos aos destinatários de tal informação, por oportunismo.

A assimetria informacional aliada ao oportunismo ocasiona, como consequência, ruídos de informações entre as partes que se relacionam nos diferentes contextos econômicos, afetivos, jurídicos, políticos e sociais. Decorrentes desses ruídos, surgem os posicionamentos divergentes, que consequentemente provocam a eclosão dos populares conflitos.

Com a manifesta idealização dos conflitos, seja nas relações entre indivíduos ou estendida para as relações empresariais, é indispensável que se abram portas para a criação de uma política pública que se preocupe com a implementação de formas consensuais para se dirimir respectivas controvérsias.

Tal iniciativa foi idealizada, conforme restará dissertado na presente pesquisa. Contudo, além da política pública oportunamente nominada, é providencial que ocorra a ampliação das políticas públicas com foco na iniciativa privada, de forma a permitir que respectivos conflitos possam ser resolvidos no plano material, pré-negocial. Isso quer dizer, de forma introdutória, que a busca da solução dos conflitos alcance o poder público como *ultima ratio*, justamente na política de expansão do real sentido constitucional do Acesso à Justiça, e, em vias da política da redução do excesso de litigiosidade.

A partir de tais premissas, pretende-se abordar como tema, na presente tese de doutorado, a aplicação de cláusula negocial prévia, limitativa ao acesso à jurisdição, aplicável em contratos empresariais, como forma de justificativa em prol da responsabilidade social da empresa.

De forma delimitada, o presente trabalho comprehende a seguinte temática: a negociação colaborativa como cláusula prévia limitativa de acesso à jurisdição nos contratos de franquia – uma proposta em benefício da responsabilidade social.

A partir da delimitação do tema explicitado nesta tese, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: em que medida a negociação colaborativa, como cláusula prévia limitativa de acesso à jurisdição nos contratos de franquia, contribui como forma pacificadora de conflitos em prol da responsabilidade social da empresa?

Em razão da delimitação do tema e da problemática apresentada para a pesquisa, apresenta-se como objetivo geral: propor a aplicação da negociação colaborativa - como cláusula prévia limitativa de acesso à jurisdição nos contratos de franquia - como instrumento pacificador de conflitos, em benefício da responsabilidade social da empresa.

Adicionam-se ao objetivo geral acima proposto, os seguintes objetivos específicos:

a) apresentar premissas teóricas sobre o princípio do Acesso à Justiça, no sentido de corroborar a desjudicialização e as formas consensuais de conflitos como instrumentos alternativos da resposta adjudicada.

a.1) discorrer aportes teóricos sobre a evolução da judicialização à desjudicialização, como justificativa da evolução das técnicas negociais em resposta ao excesso de litigiosidade de demandas.

a.2) desenvolver considerações acerca da relação entre os objetivos do desenvolvimento sustentável (Agenda 2030) e as formas consensuais de solução de conflitos, como justificativa de preocupação universal acerca do tema.

a.3) Discorrer sobre a evolução das formas consensuais de solução de conflitos presenciais para o formato digital, na justificativa do fortalecimento das práticas negociais em benefício da cultura da consensualidade.

b) Analisar institutos jurídicos pertinentes ao contrato de franquia, bem como as perspectivas principiológicas no formato da contratação.

b.1) Explanar preliminarmente considerações dogmáticas acerca da história, do conceito, da natureza jurídica e dos fundamentos teóricos legais do contrato de franquia.

b.2) Fazer uma abordagem teórica a respeito dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, para o fortalecimento da tese prévia negocial em contratos.

b.3) Dissertar sobre o princípio do autorregramento no direito material em Pontes de Miranda, com extensão ao autorregramento no direito processual, para ratificar a tese do fortalecimento de práticas negociais prévias.

c) Estabelecer como defesa o instituto da negociação como método adequado de solução de conflitos, bem como os modelos metodológicos para a aplicação do método.

c.1) Discorrer sobre as espécies de negociação, na justificativa de demonstrar a escolha do modelo colaborativo para a discussão teórica da presente tese.

c.2) Desenvolver considerações teóricas sobre a técnica da negociação idealizada por Roger Fischer, Bruce Patton e William Ury.

c.3) Explicitar o modelo da negociação colaborativa, sob o formato da advocacia colaborativa (*collaborative law*), como alternativa

para aplicação nos contratos empresariais.

d) Propor a aplicação da negociação colaborativa como cláusula prévia limitativa do acesso à jurisdição nos contratos de franquia, sob uma perspectiva da análise econômica do direito.

d.1) Estabelecer premissas conceituais sobre a análise econômica do direito.

d.2) Desenvolver como marco referencial teórico a aplicação da Teoria dos Custos de Transação em Ronald Coase, como justificativa da negociação em atividades empresariais.

d.3) Analisar a forma conceitual evolutiva da economia dos custos de transação em Oliver Williamson, como premissa de estudo jus econômico pela aplicação negocial prévia em contratos de franquia.

d.4) Discorrer aportes teóricos sobre a Teoria dos Contratos Incompletos sob a perspectiva da economia dos custos de transação.

d.5) Analisar o instituto da teoria dos jogos em Robert Axelrod, como justificativa de aplicação da cooperação e boa-fé para se colmatar lacunas em contratos incompletos de longo prazo.

e) Discorrer sobre a aplicação da negociação colaborativa como cláusula limitativa prévia ao acesso à jurisdição e ao processo arbitral nos contratos de franquia, como método em prol da responsabilidade social da empresa.

e.1) Advogar como proposta, a aplicação da negociação colaborativa como cláusula limitativa prévia em contratos de franquia, por aplicação análoga a lei de mediação e arbitragem.

e.2) Discorrer aportes teóricos sobre o instituto das cláusulas escalonadas/híbridas, como justificativa da força obrigatória da negociação prévia em contratos.

e.3) Desenvolver considerações sobre a cláusula *harship*, para corroborar a respeito da negociação prévia como fonte do direito.

e.4) Pontuar determinados posicionamentos dos Tribunais locais e superiores, como forma de ilustração do respeito em relação as cláusulas prévias de negociação.

e.5) Dissertar apontamentos teóricos sobre a importância da inclusão e da aplicação da negociação colaborativa, como cláusula negocial limitativa ao acesso à jurisdição nos contratos de franquia, em benefício da responsabilidade social da empresa.

Em complemento, é indispensável apresentar a justificativa da escolha do tema da pesquisa, para efeito de comprovação da inovação e da consequente lacuna em relação à discussão teórica proposta.

Sendo assim, a justificativa da presente tese torna-se viável em atenção a alguns fatores que servirão como parte integrante dos capítulos da tese.

O primeiro deles representa-se pela análise do Acesso à Justiça como resposta a um princípio constitucional, não tendo por finalidade uma análise restritiva de interpretação em relação aos conflitos. Este preceito constitucional principiológico tem por objetivo ampliar as formas de pacificação de conflitos, diante do malfadado pronunciamento de uma crise do Judiciário, provocada pelo exaurimento da prestação jurisdicional, fruto da manifesta quantidade de conflitos submetidas à apreciação do Poder Judiciário, nas variadas esferas de competência.

O segundo fator justifica-se pela necessidade reiterada do Poder Judiciário - mesmo ciente da crise da solução de conflitos pelo usual mecanismo de heterocomposição de disputas (sentença) - avocar a responsabilidade pelo uso de mecanismos de solução de controvérsias por meio da mediação e conciliação, quando, na realidade, os recursos (materiais e humanos) são insatisfatórios para atender a quantidade de disputas submetidas das mais variadas áreas.

A partir da crise do Judiciário quanto à solução de conflitos, surgem as formas consensuais para tais soluções, e a evolução dos procedimentos de desjudicialização. Para o recorte da presente tese, não será objeto de análise o processo de desjudicialização dos procedimentos de inventário, divórcio, usucapião, mas tão somente, o foco nos métodos adequados de solução de conflitos, notadamente no método da negociação.

Como terceiro fator, na pretensão de analisarem-se os métodos adequados de solução de conflitos em resposta à crise do Judiciário e a desjudicialização, faz-se um recorte de estudo do método da negociação, em especial na modalidade colaborativa, como justificativa de que a solução da controvérsia seja submetida à apreciação das partes e não entregue na mão de terceiros, uma vez que os melhores conhecedores da disputa são as partes envolvidas, e, nada melhor do que elas para se estabelecer um consenso.

No intuito de delimitar a presente pesquisa, o quarto fator é a utilização da negociação colaborativa nos contratos de franquia. As justificativas de escolha desta modalidade contratual se tornam plausíveis pelos seguintes motivos: a) evitar o estudo ampliado de todos os contratos empresariais, o que comprometeria o tempo; e os efeitos positivos de aplicação em relação a outras espécies contratuais; b) a natureza jurídica do modelo explorado (contrato de colaboração), conforme restará adiante explicitado. Pelo contrato de franquia, as figuras subjetivas de Franqueador e Franqueado, durante a confecção e execução do contrato, devem guardar, reciprocamente, a figura do

diálogo, da probidade e da boa-fé em vias da melhor simetria de informações (ética e integridade).

O quinto fator exsurge quando há eventual controvérsia instaurada entre as partes nas vias extrajudiciais, a qual refira-se às disposições contratuais em apreço. Para tanto, a justificativa da inclusão de cláusula contratual limitativa prévia de Acesso à Jurisdição está condicionada à submissão das partes ao procedimento da negociação colaborativa, a fim de que estas facilitem a pacificação do conflito instaurado, sem a participação de terceiros intervenientes (mediadores, conciliadores, árbitros e Judiciário).

A justificativa para o uso da técnica de forma prévia explicita um sexto fator como objeto de resposta aos propósitos da tese, no sentido de estabelecer uma fiel identidade à linha de pesquisa escolhida.

A solução do conflito pela via negocial colaborativa propõe como resultado a efetividade das obrigações dispostas no contrato, com foco na responsabilidade social como instrumento de universalização dos benefícios da atividade produtiva, uma vez que: a) proporciona a manutenção do diálogo e do consenso entre as partes contratantes; b) há manutenção da cadeia produtiva - circulação de riqueza recíproca entre franqueadora e franqueada; c) há manutenção da credibilidade da marca no cenário de Franqueada e Franqueadora, a partir da figura do consenso; d) existe contribuição indireta da manutenção de oferta da cadeia consumerista destinatária dos produtos e/ou serviços; e) há contribuição indireta de subsistência econômica dos colaboradores e dos reflexos positivos aos familiares e a sociedade; f) há contribuição representada pela função social e atividade cidadã das empresas, na política do consenso em relação ao tratamento adequado de conflitos, como resposta positiva à sociedade; g) com a função social/responsabilidade social materializada, os preceitos constitucionais dispostos no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 restarão atendidos ao instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, em especial a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Ademais, no que diz respeito à inovação, a inclusão de uma cláusula contratual de submissão das partes ao prévio procedimento de negociação extrajudicial pela mediação, arbitragem ou pela negociação, a princípio não transparece como característica inovadora, pois a legislação deixa clarividente, na Lei de Arbitragem, o uso da cláusula compromissória nos termos do artigo 4º da Lei 9.307 de 1996, bem como nas disposições do artigo 23 da Lei 13.140 de

2015.

O ponto crucial para a justificativa da inovação na presente tese, e aos olhos da delimitação do tema proposto traduzindo como explicitação da lacuna, é o uso de um instrumento alternativo de solução de disputas contratuais sem a intervenção de terceiros (mediador, árbitro) e com negociação colaborativa, de forma a justificar que o ponto de subjetividade positiva para a solução do conflito não está nas mãos de terceiros, mas das próprias partes envolvidas.

Trata-se aqui de aplicar a negociação colaborativa, método adequado de solução de conflitos não previsto na legislação brasileira, porém, introduzido como prática em conflitos familiares no cenário nacional.

É preciso deixar esclarecido ao leitor que a negociação colaborativa manifestar-se-á por meio da advocacia colaborativa ou direito colaborativo - na expressão do direito norte-americano: *collaborative law*. Por esse motivo, optou-se por utilizar as expressões “negociação colaborativa” e “advocacia colaborativa” para explicitar um significado de prática de negociação sob o formato colaborativo e conduzido por meio da advocacia colaborativa.

A inovação e a lacuna tornam-se ratificadas na presente tese na medida em que a aplicação da advocacia colaborativa é comumente executada em relações familiares, especialmente no divórcio. Nesse sentido, advoga-se na presente tese a aplicação análoga da negociação colaborativa/advocacia colaborativa aos contratos empresariais, especialmente nos contratos de franquia.

Isso se deve ao fato que, assim como em relações familiares em que os laços se desfazem por vários motivos, no direito empresarial fala-se em comportamentos humanos, e, por trás da máscara empresarial, figuram-se pessoas, em destaque de muitos casos familiares, e por que não dizer, empresas familiares.

Em razão disso, como o contrato de franquia consiste de um contrato de colaboração no qual há uma relação próxima entre as figuras de franqueador e franqueado, e considerando o fato de que muitas empresas são constituídas por grupos familiares, nada melhor que a negociação sob formato colaborativo e de forma limitativa à resposta adjudicada, para se dirimirem eventuais controvérsias contratuais.

Superada a demonstração da justificativa, da inovação e da lacuna, torna-se indispensável apresentar, de forma sucinta, a vinculação do tema à linha de pesquisa.

A escolha do tema proposto na presente tese amolda-se à linha

de pesquisa *Obrigações e Contratos Empresariais: responsabilidade social e efetividade* calcada nas obrigações e contratos empresariais como cernes do Direito Empresarial, e, portanto, marco teórico para o estudo com foco na responsabilidade social como instrumento de universalização dos benefícios da atividade produtiva, a efetividade que deles se espera e os mecanismos (judiciais, alternativos administrativos) disponíveis para tal finalidade, em pertinente relação com os propósitos até então apresentados.

O tema guarda relevância com a proposta inicial da linha de pesquisa, voltada às obrigações e contratos empresariais. A ideia se torna viável na medida em que propõe o uso de mecanismo de solução de controvérsias como cláusula contratual prévia, submetendo as partes - antes de qualquer entrega do conflito à resposta adjudicada ou arbitral - a buscarem o consenso e o diálogo.

Tal condição limitativa permite estabelecer o uso de método alternativo, como marco teórico para o estudo da efetividade das obrigações e dos contratos, com foco na responsabilidade social da empresa, tipificada como um instrumento de universalização dos benefícios da atividade produtiva.

Para melhor explicitar o desenvolvimento proposto na presente tese, no primeiro capítulo abordar-se-ão as considerações gerais sobre o Acesso à Justiça, na pretensão de defesa, que diante de uma lesão ou ameaça de lesão, o Judiciário, representado pela resposta adjudicada, não se considere o primeiro passo de solução da controvérsia, mas a *ultima ratio*. A partir de tal raciocínio, pretende-se evoluir aportes teóricos acerca da evolução do processo de judicialização para a desjudicialização, como justificativa para se corroborar o incentivo das formas consensuais de conflitos, notadamente aplicáveis de forma extrajudicial.

Em ato subsequente, pretende-se discorrer que a preocupação com as formas consensuais de conflitos não se restringe ao plano local, regional ou nacional, mas transnacional, ao considerar a relação entre os objetivos do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 e o papel do Poder Judiciário, relação esta cuja finalidade é o alcance das metas e indicadores delineados pela agenda, como papel de transparência em prol do Acesso à Justiça. Por derradeiro, far-se-á uma abordagem teórica no que diz respeito do modelo das ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), com reflexos de aplicação positiva no direito interno, e respectiva evolução das ODRs (*On-line Dispute Resolutions*), como forma de justificar a intensificação da política de consensualidade extra(judicial) de conflitos.

Adiante, no segundo capítulo, abordar-se-ão os institutos jurídicos do contrato de franquia, traçando aspectos da evolução histórica, conceito, natureza jurídica e fundamentos legais da referida

espécie de contratação. Em ato contínuo, far-se-á o desenvolvimento teórico em defesa dos princípios contratuais da autonomia da vontade, liberdade contratual e do autorregramento, este sob uma perspectiva do direito material e processual, como forma de justificar a prevalência dos pactos contratuais em detrimento a qualquer outra fonte do direito (legal, jurisprudencial, consuetudinária etc....).

No terceiro capítulo desenvolver-se-á como proposta o estudo da negociação *lato sensu*, para que, em ato consequente, abordem-se as espécies de negociação em contratos empresariais, com enfoque na espécie colaborativa. Ademais, apresentar-se-á a aplicação do modelo teórico tradicional de negociação baseado em acordo sem concessões, o qual é utilizado por Roger Fischer, Bruce Patton e Willian Ury na obra intitulada *Como Chegar ao Sim: negociação de acordos sem concessões*.

Com a apresentação deste modelo teórico tradicional, pretende-se apresentar, de forma estrita, para servir de base de fundamentação da presente proposta de tese, o instituto da negociação colaborativa, representado pela advocacia colaborativa (direito colaborativo), modelo criado por Stuart Webb nos anos 1990, intitulado *collaborative law*.

Em proposta teórica contínua, no quarto capítulo desenvolver-se-á a análise da negociação colaborativa nos contratos de franquia sob uma perspectiva da análise econômica do direito. A partir de tal premissa, discutir-se-ão os aportes teóricos acerca da Teoria dos Custos de Transação em Ronald Coase, para apresentar em teoria evolutiva uma abordagem da economia dos custos de transação, como premissa de estudo jus econômico, em defesa da aplicação da negociação colaborativa em contratos de franquia como cláusula prévia.

Ademais, tratar-se-á da justificativa de inclusão de cláusulas abertas nos contratos incompletos, representada pela negociação colaborativa/advocacia colaborativa como forma consensual de solução de controvérsias e fomento de preenchimento de lacunas contratuais. Ao final do capítulo, far-se-á uma abordagem sobre a negociação colaborativa como instrumento de cooperação entre as partes, considerando a Teoria dos Jogos em Robert Axelrod, para justificar a cooperação como a melhor escolha no ato negocial, e então reforçar a tese do uso da boa-fé nos contratos como cláusula geral a ser seguida em prol de confiança, credibilidade e simetria de informação entre as partes, em contratos a longo prazo.

Por fim, para a conclusão lógica das premissas apresentadas, no quinto capítulo far-se-á como lógica dedutiva a aplicação da negociação colaborativa como cláusula limitativa prévia de acesso à jurisdição e ao processo arbitral nos contratos de franquia, como

resposta à responsabilidade social da empresa. Para tanto, buscar-se-á advogar em defesa da aplicação da negociação colaborativa como cláusula prévia à resposta adjudicada ou arbitral, por aplicação análoga à lei de mediação e arbitragem.

Nesse compasso, para corroborar o fundamento precedente, utilizar-se-á a aplicação das cláusulas escalonadas/híbridas (*med-arb*) como forma de servir de aplicação análoga, e justificativa pela viabilidade de aplicação de cláusulas negociais limitativas prévias em contratos de franquia. Ainda, explicitar-se-ão os aportes teóricos quanto ao instituto da cláusula *hard ship*, como forma de corroborar como justificativa, a viabilidade de aplicação de cláusulas negociais prévias.

Em ato contínuo, sem a pretensão de esgotamento do tema e da pesquisa, mas para efeitos ilustrativos, apresentar-se-ão posicionamentos dos tribunais locais e superiores acerca do poder de negociação de cláusulas contratuais de forma prévia. Finalmente, como delimitação de resposta do tema, far-se-ão apontamentos teóricos sobre a importância da inclusão e da aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa como cláusula negocial prévia limitativa ao acesso à jurisdição em contratos de franquia, em benefício à responsabilidade social corporativa, especialmente sob o contexto social, de governança e ambiental.

Para atender tal desiderato, sob a perspectiva metodológica utilizar-se-á na presente pesquisa o método dedutivo, ao estabelecerem-se deduções universais no sentido de explicitar: a existência de comportamentos entre os seres humanos; b) a dedução de assimetria de informações nas relações humanas; c) os ruídos e a eclosão de conflitos; d) a viabilidade de solução de conflitos pela resposta estatal (adjudicada) e arbitral; e) a existência de formas consensuais (extra)judiciais para a facilitação da política da consensualidade.

A partir das deduções de natureza universal, buscar-se-á como dedução lógico-específica, a aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, como cláusula prévia limitativa ao acesso à jurisdição, aplicável em contratos de franquia como resposta positiva em favor da responsabilidade social corporativa.

A par do método utilizado, para obtenção das informações científicas da presente tese, efetivar-se-á a pesquisa em aportes teóricos por revisão bibliográfica e documental.

A partir de tais escritos, espera-se, como contribuição, trazer ao leitor uma perspectiva teórica de ampliação do modelo de solução alternativa de controvérsias em contratos empresariais, como forma de instrumento de pacificação dos conflitos, de manutenção da

atividade produtiva e da circulação de riquezas e de respeito, confiança, credibilidade e transparência nas relações humanas (responsabilidade social). Estima-se a materialização do fundamento constitucional da cidadania e a dignidade da pessoa humana no sentido de alcançar os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

1

A DESJUDICIALIZAÇÃO E AS FORMAS CONSENSUAIS COMO JUSTIFICATIVA PACIFICADORA DE CONFLITOS PARA O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA

Para não incorrer em discussões teóricas vazias, sem que se atente à justificativa de defesa da presente tese, torna-se indispensável realizar aportes teóricos preliminares acerca da desjudicialização, como mola propulsora de aplicação de técnicas adequadas à solução de conflitos, para efeito do alcance da ordem jurídica justa.

O motivo determinante para uma abordagem preliminar da desjudicialização é coerente em razão da possibilidade de aplicação da negociação colaborativa como forma consensual de satisfação de conflitos nos contratos de franquia, notadamente como cláusula limitativa de acesso à jurisdição, visando ao amplo acesso à Justiça, em vias de redução do excesso de litigiosidades.

Nesse aspecto, pretende-se como premissa se valer da concepção teórica do Acesso à Justiça e sua consequente evolução como direito fundamental, para demonstrar que esse princípio não se restringe somente à resposta de uma decisão adjudicada ao Judiciário pela figura da heterocomposição ou da autocomposição. A resposta da pacificação social dos conflitos pode ser representada como proposta eficaz, pela via das técnicas extrajudiciais de solução de conflitos.

Em ato contínuo, busca-se discorrer acerca do processo evolutivo da judicialização para a desjudicialização, abordando-se a ideia do excesso de litigiosidade e a necessária intervenção do Poder Legislativo e do Executivo para a implementação e execução de

políticas públicas em favor da resolução adequada de conflitos, não somente pelas figuras de tutela jurisdicional impostas pela sentença.

Ao permear a ideologia do Acesso à Justiça e a consequente evolução da judicialização para o processo de desjudicialização, pretende-se realizar um aporte teórico acerca da Agenda 2030, sem a intenção de esgotamento do tema, por não ser o objeto principal tratado na pesquisa. Almeja-se enfatizar as metas e indicadores que condizem com as questões vinculadas às formas consensuais de solução de conflitos, e o que tem sido feito pelo Judiciário nacional para buscar atingir as metas e indicadores propostos pelos objetivos analisados no tópico em questão. Ressalta-se a importância da abordagem do presente tópico como forma de trazer a transparência do acesso à justiça por intermédio das formas consensuais de solução de conflitos como ferramenta técnica para se atingirem algumas metas da Agenda 2030.

Por derradeiro, ainda como parte das discussões preliminares da presente tese, far-se-á um apanhado teórico sobre as ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), por meio de estudo e significado do Tribunal Multiportas, técnica de solução de conflitos utilizado pelo sistema norte americano. A partir desta análise, objetiva-se demonstrar a introdução do referido e presente modelo em terra brasileira, e a forma como foi absorvido. Em sequência, far-se-á um apontamento teórico no que diz respeito às ODRs (*On-line Dispute Resolution*) para se estabelecer um traçado evolutivo do formato *on-line* de solução de disputas, a ponto de se observarem medidas eficazes para a solução de conflitos no plano extrajudicial.

Com relação ao método científico utilizado no presente capítulo e que igualmente serviu de base para o desenvolvimento dos subsequentes, é preciso expor o porquê da opção pelo método dedutivo¹. O estudo parte de premissas gerais relacionadas à aplicação das formas consensuais de solução de conflitos (mediação e arbitragem) como medidas pré-processuais em cláusulas contratuais (dedução geral e universal)², para então delimitar a proposta de

¹ Método oriundo de pensamentos racionalistas, dos quais destaca-se, de forma clássica, a ideologia de René Descartes, que partindo da premissa da dúvida sobre as coisas mundanas concluiu com maturidade suficiente para abandonar os ideais de seus preceptores e respectivos escritos, pautando-se em acreditar nas suas próprias ideias; no chamado Livro do Mundo propõe que a melhor forma de atrair o conhecimento, por meio da razão e do bom senso, é conhecer a si mesmo (Descartes, 2001, p. 14) (DESCARTES, R. **Discurso do método**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001).

² Nesse sentido, define-se “(...) o método dedutivo surge de argumentos gerais, para delimitar argumentos particulares (Mezzaroba; Monteiro, 2009, p. 65), traduzindo como premissas, conceitos até então inquestionáveis, para, em ato subsequente chegar a conclusões formais específicas. Indispensável, portanto, como lógica, a relação das proposições estabelecidas, como forma de não comprometimento da conclusão

aplicação da negociação colaborativa, pela via da advocacia colaborativa em contratos de franquia.

A partir de tal dedução, pretende-se estabelecer como proposta da tese, por dedução lógica e racional, a aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa como cláusula limitativa de acesso à jurisdição em contratos de franquia em benefício da responsabilidade social da empresa.

Se a dedução lógica é perfeita e inquestionável de aplicação da mediação e da arbitragem, como cláusulas negociais prévias em contratos, a proposta presente é deduzir a aplicação do método da negociação colaborativa/advocacia colaborativa em contratos de franquia (contrato de colaboração) como medida favorável de resposta em favor da responsabilidade social da empresa.

Sob um referencial teórico de cunho bibliográfico e documental, passa-se a discorrer como premissa o movimento da desjudicialização e das formas consensuais de conflitos, como razão universal para o fortalecimento da aplicação de cláusulas negociais prévias, em vias da política da cultura da consensualidade de conflitos.

1.1 | A EVOLUÇÃO DA EXPRESSÃO “ACESSO À JUSTIÇA”

O Acesso à Justiça³ encontra-se positivado como garantia efetiva de direitos do cidadão, previsto legalmente no artigo 5º inciso XXXV, da Constituição Federal, tipificado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao prescrever que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Brasil, 1988).

Historicamente, foi defendido como garantia com o advento da Carta Constituinte de 1946 (artigo 141 §4º)⁴, mantida a redação na

proposta. “(...) Aceitando as premissas como verdadeiras, as conclusões também o serão (Mezzaroba; Monteiro, 2009, p. 65) (MEZZAROBA, O. MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

³ Historicamente, antes mesmo de se falar acerca das ondas renovatórias do projeto Florença, encabeçado por Garth e Cappelletti (1988) em seu sentido na década de 70, a expressão Acesso à Justiça era vista como o acesso às instituições governamentais; no termo comum, acesso às cortes de justiça, com origem nos idos de 1840 (Galanter, 2015, p. 37). (Galanter, M. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão, **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/Marc-Galanter.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2024).

⁴ Nesse sentido, a transcrição literal: Art. 141 (...) § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (De 18 de Setembro de 1946). Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em:

Constituição de 1967 (artigo 150 §4º) e consequente emenda de 1969 (artigo 153 §4º), abrangendo como direito fundamental na constituinte atual tanto a lesão quanto a ameaça de lesão a direito (Toffoli, 2019, p. 78-79).

Paralelamente, reconhecem-se meios de efetivação do acesso à Justiça⁵, de maneira a conferir ao Judiciário o papel primário de tutela dos direitos e garantias fundamentais, assegurando à população, nos termos do artigo 5º inciso LXXIV da Constituição Federal, o dever do Estado de prestar assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (Brasil, 1988). Esse dever é representado de forma paralela ao Judiciário pelas figuras institucionais do Ministério Público e Defensorias Públicas, atendendo às prerrogativas funcionais que lhe são específicas (Toffoli, 2019).

Em complemento, há uma necessidade de justificar o significado da expressão Acesso à Justiça como forma de corroborar o objetivo, e, principalmente, buscar uma resposta adequada ao problema apresentado na presente tese. Nesse contexto, o Acesso à Justiça vai muito além da efetivação de direitos capazes de proporcionar a correlata duração razoável do processo, como resposta adequada ao conflito proposto.

Falar em Acesso à Justiça, é propiciar a solução de conflitos de forma adequada, pela representação do acesso à ordem jurídica justa de que trata prestigiada doutrina (Watanabe, 1988)⁶. Atendendo aos propósitos do problema apresentado na tese em questão, busca-se uma resposta rápida, que atenda os anseios das partes em conflito, com custos razoáveis e menos onerosos do que àqueles propostos pelo Estado, e mais, trazendo uma manutenção de relação negocial entre as partes que estão vinculadas no respectivo embate.

27 dez. 2023).

⁵ Para Dinamarco (2004, p. 108), o Acesso à Justiça como instrumento político e social de efetivação de direitos amolda-se ao conceito de utilidade, na medida em que a ação, quando existente, proporcione ao sujeito que tiver razão, um resultado positivo em relação à situação anterior ao processo (DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 4. ed. rev., atual e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2004).

⁶ A ordem jurídica justa é debatida por processualistas como Bedaque (2009), no sentido de superação do modelo liberal de resposta igualitária formal da ordem estatal, para uma evolução instrumentalista do processo (BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009). A ideologia da instrumentalidade do processo, pregada por Dinamarco (2008), nos escopos políticos, sociais e jurídicos do processo, para que o processualista não feche os olhos para as diferenças de ordem econômica/social entre as partes, evitando-se o individualismo e a posição passiva do Judiciário, a base de tecnicismos excessivos (DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008).

O Acesso à Justiça que se defende, é a solução do conflito desvinculada da mão de terceiros, seja pela heterocomposição nas mãos do Estado-Juiz, e de seus auxiliares (conciliador, mediador), seja pela esfera do poder arbitral, na figura do Tribunal arbitral. Fala-se no caso em questão, do direito a uma resposta justa e adequada, o direito a ordem justa, a partir dos principais envolvidos no conflito, quais sejam, as partes.

Portanto, nada melhor que elas, as responsáveis por dirimir seus conflitos, a partir da exata compreensão dos problemas, de seus interesses principais e subjacentes, para que então, conciliando com os propósitos de fidelidade e confiança, possam atribuir ao advogado da causa, a possibilidade de resolução do conflito. Pretende-se, portanto, propiciar uma resposta justa, equilibrada sob um aspecto econômico (custas, honorários), social, em relação a manutenção dos negócios empresariais entabulados, dos empregados e sustento dos benfeiteiros vinculados as empresas em atividade.

Sob esse contexto preliminar, que se destaca o uso da negociação colaborativa, como cláusula suspensiva do Acesso à Justiça (heterocomposição) em contratos empresariais de franquia, como proposta em atender a responsabilidade social da empresa.

A permissão da proposta apresentada é plausível de sustentação, na medida em que o direito é fruto de uma evolução de um preceito de interpretação prescritiva, em uma completude do sistema, para uma esfera de produto cultural⁷, e, portanto, necessária de preenchimentos interpretativos/integrativos⁸, a partir das variáveis criadas nas vivências mundanas do direito material (união homoafetiva, direito dos animais, contratos virtuais, criptomoedas), e a necessidade de adequação do direito processual na resposta sumarizada (tutelas provisórias, audiência de conciliação/mediação, julgamento antecipado parcial de mérito).

A moderna e complexa sociedade se desenvolve diariamente, e, na medida em que a ordem jurídica justa se aplica aos casos

⁷ Expressão contemporânea apresentada por Mancuso (2015) (MANCUSO, R. de. C. **Acesso à Justiça** [livro eletrônico]: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: www.proview.thomsonreuters.com/library.html. Acesso em: 28 dez. 2023). Historicamente, é teorizada por Reale (1984), ao estabelecer o conceito da sociologia jurídica, como uma concepção evolutiva do conceito positivista de August Comte, preocupada com evolução e não com conceitos estanques da sociedade. Melhor dizendo, como a norma jurídica se apresenta à partir das experiências humanas (REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1984).

⁸ Não se defende a ideia da incompletude do sistema, na medida em que as lacunas, em hipótese de existência diante das vivências culturais, são colmatadas pela norma jurídica em abstrato, ou através da norma jurídica concreta pela interpretação/integração do direito.

concretos, ela se torna incapaz de satisfazer a variedade de conflitos de quantidade e especificidade técnica, restando ao cidadão a tarefa árdua de aguardar a resposta jurisdicional, ou procurar novas formas de pacificação de conflitos, externas ao poder estatal.

Propor uma forma consensual de conflitos pelo instituto da negociação, como cláusula suspensiva prévia do Acesso à jurisdição em contratos de franquia, é propiciar uma nova vertente de análise de submissão dos conflitos em prol da pacificação social. Nesse sentido, é proporcionar a ampla discussão entre os principais envolvidos na relação negocial (franqueado e franqueador), como forma de fiel tentativa a autocomposição conflitiva, evitando futuros desgastes decorrentes do trâmite judicial.

Essa tentativa extrajudicial de negociação prévia para o Acesso à Justiça, inova na concepção do próprio acesso decorrente das formas consensuais de solução de conflitos *sub judice*, na proporção de uma pacificação social alheia a intervenção estatal⁹.

Nesse contexto, a jurisdição, tradicionalmente conectada à prestação outorgada pelo braço judiciário do Estado (tratando-se, pois, de palavra definida por sua fonte básica) vem hoje exigindo profunda atualização e contextualização em seu significado, dado que sua acepção tradicional, atrelada a singela aplicação da lei aos fatos da lide, hoje está defasada e é insuficiente, cedendo espaço à concepção pela qual o Direito há de ser ter como realizado, não, *sic et simpliciter*, pelo fato de um texto ser aplicado a uma controvérsia pelo Estado-juiz (*da mihi factum dabo tibi jus*), mas sim quando um conflito resulte efetivamente prevenido ou composto em modo justo, tempestivo, permanente, numa boa equação entre custo e benefício, ainda que por meios auto ou heterocompositivo, neste último caso pela intercessão de um órgão ou agente qualificado, mesmo não integrante dos quadros da justiça oficial, e, em alguns casos, até preferencialmente fora dela (Mancuso, 2015).

A inquietação e crítica ao modelo estatal de solução de conflitos pela figura da heterocomposição, foi difundida pelo Projeto Florença¹⁰,

⁹ Nesse ponto de discussão, como forma de reforçar a negociação prévia de conflitos, importante colacionar o raciocínio proposto por Mancuso (2015), a fazer menção dos filtros e barreiras criados pelos procedimentos técnicos no processo, mais preocupados com o extermínio de demandas judiciais (de cunho restritivo), do que a preocupação com a raiz do problema. Nesse contexto cita-se “a irrefreada formação de uma cultura demandista ou judiciarista”, que legitima por preocupação primária, a ideia de que todo e qualquer interesse conflitivo deva ser submetido a apreciação estatal, de forma a insuflar a contenciosidade e desestimular a cidadania entre as partes, para uma aproximação em vias a uma possível resolução consensual da contenda (MANCUSO, R. de. C. **Acesso à Justiça** [livro eletrônico]: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html).

¹⁰ O projeto é datado de 1971, na cidade de Florença na Itália, com a realização da Conferência Internacional relativa às garantias fundamentais das partes no processo civil (PINHO, H. D. B. de. Intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade, **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t.1, p. 241-271,

encabeçado na série Acesso à Justiça, de autoria de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, obra traduzida pela Ministra aposentada da Suprema Corte Ellen Gracie Northfleet (Cappelletti; Garth, 1988)¹¹.

Preliminarmente, observa-se uma preocupação dos autores com a expressão Acesso à Justiça, dentre as duas finalidades básicas de acessibilidade igualitária a todos, e produção de resultados individuais socialmente justos, a principal delas voltada ao amplo acesso à Justiça (Cappelletti; Garth, 1988).

Como complemento, permite-se uma ruptura do modelo de solução de conflitos pela figura estatal, na concepção de uma confiança cega e exclusiva das instituições jurídicas, representada pela sentença, para então, aproximar-se de novas técnicas/ondas capazes de proporcionar uma fiel resposta aos conflitos entabulados (Cappelletti; Garth, 1988).

Observa-se uma relevante preocupação idealizada por juristas, sociólogos e antropólogos vinculados ao projeto Florença, pela necessidade de eclodir uma nova resposta aos conflitos instaurados, oriundos de uma sociedade que pensava tão somente no individual, fruto do liberalismo, na concepção de que o conflito somente se dava por aqueles que detinham condições financeiras na isonomia formal, para a transição de uma ideologia de massa, de igualdade material, atendendo os anseios de uma resposta social da justiça¹² (Cappelletti; Garth, 1988).

Para a proposta do modelo de Acesso à Justiça de forma ampla, Cappelletti e Garth (1988) apontam soluções práticas em relação aos problemas levantados em relação ao tema, intituladas por primeira, segunda e terceira onda. A primeira delas, a assistência judiciária, de forma a colocar em prática a isonomia material entre as partes litigantes, sobretudo pela superação da isonomia formal até então

set.-dez. 2019. Disponível em:
<https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/index>. Acesso em 28 dez. 2023.

¹¹ Vivia-se à época do Projeto Florença, a realidade pós-segunda guerra mundial, circunstância que marcou profundamente intensas modificações da natureza social, econômica e política, que interferiram o efetivo acesso à Justiça. Ademais, o Brasil não estava entre os países latino-americanos analisados no relatório da pesquisa, no entanto, o livro publicado por Cappelletti e Garth no ano da constituinte, representou de forma significativa, um marco importante para a democratização do acesso à justiça como direito fundamental em momento de transição do militarismo (OMURA, M. et. al. Conferência de Seoul 2014. Constituição e processo – Acesso efetivo à Justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas, **Revista de Processo**, v. 40, n. 250, p. 17-31, dez. 2015. Acesso em: 27 dez. 2023).

¹² Todo esse raciocínio, fruto de uma evolução liberalista, marcada pelo individualismo (liberdade, igualdade), o direito e a sua resposta a quem tem condições, para um modelo de Estado social, marcado pela proteção do direito ao trabalho, saúde e educação, na postura positiva do Estado pela proteção de tais direitos (CAPPELLETI, M; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988).

vivenciada pelo modelo liberalista (Cappelletti; Garth, 1988). A segunda onda, pela representação jurídica em favor dos interesses difusos, notadamente no direito ambiental e do consumidor. Por fim, de grande relevância para o tema proposto na presente tese, na proposta denominada pelos autores de “enfoque de acesso à justiça” (Cappelletti; Garth, 1988, p. 31), por uma concepção mais ampla de acesso à justiça, nela compreendida, pelo uso das formas consensuais de solução de conflitos¹³.

Nesse raciocínio, o Acesso à Justiça é pano de fundo, para discussões já levantadas no século passado, quanto aos problemas formais¹⁴ representados pelo descompasso entre doutrina e legislação de um lado, e a prática judiciária do outro, de maneira que, o progresso científico do direito processual não foi suficiente para acompanhar o aparelhamento do Judiciário e da administração da Justiça (Grinover, 1997). Tribunais sobrecarregados com processos morosos, o custo, a burocratização da Justiça pelos procedimentos, a falta de informação e de orientação dos detentores de interesses em conflito, provoca(va) a obstrução das vias do Acesso à Justiça, dificultando a propagada resposta justa e adequada, dentro de um tempo razoável (Grinover, 1997)¹⁵.

Com efeito, não basta ampliar o número de litigantes em decorrência da efetivação do direito constitucional de ação. Para Dinamarco (2004, p. 114) é “(...) indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados

¹³ Os autores sustentam por embasamento sociológico, a preocupação pelos julgadores, mediadores, conciliadores e negociadores, com as partes submetidas ao conflito. Estas podem estar envolvidas em relacionamentos prolongados e complexos, ou em meros contratos eventuais. Sugere-se a mediação ou outros mecanismos apaziguadores apropriados para a manutenção dos relacionamentos (ibid., 1988, p. 72).

¹⁴ Problemas intitulados por Grinover (1997) como deformatização do processo e deformatização das controvérsias. A primeira delas, de cunho jurisdicional, o uso de técnicas processuais para um processo mais simples e rápido de respostas, o que na atualidade, exemplifica-se pelas tutelas provisórias, e a segunda, por sua vez, objeto da presente tese, vias alternativas ao processo, capazes de solucionar os conflitos, a exemplo, a negociação, mediação e conciliação (GRINOVER, A. P. Deformatização do processo e deformatização das controvérsias. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 25, n. 27, jan-mar. 1998. Acesso em 27 dez. 2023).

¹⁵ A intensa judicialização, fruto da amplitude de direitos elencados na Constituição Federal, é amplamente debatida e objeto de críticas pela doutrina. Não se nega o dever do respaldo jurisdicional, de forma justa e adequada quando instado. Contudo, “(...) o retrato atual do Poder Judiciário, descrito no tópico anterior – de congestionamento e morosidade - leva-nos a refletir sobre os limites da via judicial contenciosa de resolução de conflitos, e da enorme demanda por justiça existente no país. É necessário superar definitivamente a mentalidade que associa o acesso à justiça à obtenção de uma sentença judicial (TOFFOLI, J. A. D. Acesso à justiça na Constituição de 1988 e métodos adequados de resolução e conflitos no Brasil. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coords.). **Constituição da República 30 anos depois**: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77-92).

úteis e satisfatórios aos que se valem do processo". Complementa ainda, "(...) que só tem acesso à ordem jurídica justa, quem recebe justiça" (Dinamarco, 2004, p. 114). O percebimento de tal benesse, se daria em juízo, pela participação ao processo enquanto parte, e participação adequada pelo juiz, com a finalidade de receber "(...) um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade" (Dinamarco, 2004, p. 115), com a efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados.

O discurso da doutrina processual civil é legitimado por uma busca de resposta adequada, de forma útil aos litigantes no processo. Contudo, a expressão vai muito além da obtenção da resposta jurisdicional, como forma de pacificação de conflitos. É preciso realizar o desdobramento da ampla expressão constitucional, como forma de trazer em evidência, novos formatos de solução de conflitos, para então, permitir a resposta prática da ordem jurídica justa propagada pela doutrina processual.

Portanto, não há como tratar de forma vaidosa e enaltecer a expressão Acesso à Justiça, em sinônimo de intervenção estatal monopolizada, a ponto de culminar uma confusão entre o direito constitucional de ação, para um dever constitucional de ação (Mancuso, 2015). É preciso esclarecer, que o legislador constitucional, ao avocar para o Judiciário o conflito, diante de lesão ou ameaça de lesão provocada, não o torna como exclusivo destinatário (Mancuso, 2015).

Respectiva tarefa do Poder Judiciário, para além de um Acesso à Justiça, e principalmente, o alcance à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada (Watanabe, 2011), é trazer à lume, a obrigação de estabelecer uma política pública adequada de tratamento de conflitos, no incentivo de métodos (extra)processuais adequados de solução de conflitos.

Nesse sentido, é o que se busca tratar no tópico a seguir, no processo de evolução da judicialização, para uma nova concepção da desjudicialização, como resposta a propagada expressão crise do judiciário.

1.2 | DA JUDICIALIZAÇÃO À DESJUDICIALIZAÇÃO: UMA JUSTIFICATIVA TEÓRICA PARA O PRESENTE ESTUDO

Diante da contextualização preliminar da evolução da expressão Acesso à Justiça, como forma de efetivação de direitos pelo Estado, e mais, pela amplitude que na prática, o termo lhe é peculiar, é indispensável apresentar a seguir, o processo de emancipação da

resposta formal estatal de solução de conflitos pela heterocomposição, para então, tratar o conflito de forma desjudicializada.

O processo de desjudicialização foi repercutindo como tema relevante no Brasil, em especial com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 (Brasil, 2004), que provocou consideráveis reformas na constituição em relação ao Poder Judiciário, notadamente, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, na inclusão do artigo 92 I-A da Constituição Federal (Brasil, 1988), órgão do Poder Judiciário que tem por finalidade aperfeiçoar o trabalho do Judiciário brasileiro no controle a transparência administrativa e processual (Conselho Nacional de Justiça, 2004).

A partir de então, anualmente, o Conselho Nacional de Justiça utiliza como fonte de estatísticas, desde o ano de 2004, o Relatório Justiça em Números, que tem por finalidade atender a transparência de informações correspondente a estrutura e litigiosidade, apresentando indicadores que dizem respeito a gestão judiciária brasileira (Conselho Nacional de Justiça, 2004)¹⁶.

Por ilustração, observa-se nos relatórios de 2020 em diante, uma crescente litigiosidade brasileira, como o próprio Relatório Justiça em Números do ano de 2023 (ano base-2022) deixa clarividente (Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 92)¹⁷. Somente no ano de 2022, foram propostos 31,5 milhões de processos¹⁸, destes 21,3 milhões de ações originárias, revelando-se no corrente ano, o de maior demanda processual no judiciário, de forma a presumir respectiva justifica pelo aumento, conforme as afirmações descritas no próprio relatório, o represamento de demandas processuais dos anos de 2020 e 2021 em razão da pandemia (Conselho Nacional de Justiça, 2023).

Dadas as estatísticas apresentadas, importa esclarecer que a preocupação por uma resposta justa e adequada não é recente. O

¹⁶ Os relatórios encontram-se disponíveis no link de acesso: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciais/justica-em-numeros/>.

¹⁷ Importante destacar que as estatísticas correspondem ao ano base de 2022, em razão da não publicação do Relatório Justiça em Números 2024 (ano base de 2023). Fala-se em 81,4 milhões de processos em tramitação, no aguardo de uma solução definitiva. Com o advento da malfadada pandemia, relata-se por obviedade, a queda dos litígios no ano de 2020, no entanto, com progressivo aumento nos anos de 2021, 2022 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciais/justica-em-numeros/>. Acesso em 28 dez. 2023).

¹⁸ Por ilustração, pode-se dizer como hipótese, a grande responsabilidade pelo acesso à ordem jurídica justa em favor do cidadão, uma tarefa em grande proporção dos atuantes na Justiça Estadual. Isso porque, a justiça estadual é responsável pela competência de 77,7% dos processos pendentes, seguido da Justiça Federal (14,5%) e Justiça Trabalhista (6,5%) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciais/justica-em-numeros/>. Acesso em 28 dez. 2023).

modelo conceitual proposto pela doutrina processualista na figura da heterocomposição, abriu espaço para o *animus político*, com a criação da Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (Conselho Nacional de Justiça, 2010)¹⁹, na tentativa de incrementar a implementação constitucional do artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) pelo Acesso à ordem jurídica justa.

Contudo, o Conselho Nacional de Justiça, buscou formalizar a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos, tratando a eficiência do sistema operacional, o acesso ao sistema de justiça e a responsabilidade social, objetivos estratégicos do Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça, 2010).

Ademais, nas considerações iniciais da Resolução, o Conselho Nacional de Justiça afirmou que as formas consensuais de solução de conflitos, notadamente, a conciliação e a mediação, tem implementado através de programas apropriados, uma redução excessiva de conflitos judicializados de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças (Conselho Nacional de Justiça, 2010).

Em complemento, como proposta de efetivação das políticas públicas, em estruturação no formato de um tripé, o Conselho Nacional de Justiça disciplinou como dever dos Tribunais²⁰, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), para então, promover a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)²¹,

¹⁹ A regulamentação de uma política adequada de tratamento dos conflitos de interesses foi instituída a partir da motivação pelo Movimento da Conciliação, lançado no ano de 2006. A partir daí, o calendário do Judiciário reserva parte de seu tempo, para estimular seus órgãos na utilização de métodos autocompositivos em pauta concentrada de audiências, no evento intitulado Semana Nacional de Conciliação (TOFFOLI, J. A. D.; PERES, L. C. M. Desjudicialização conforme a constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: NOLASCO, R. D. et. al (Coord). **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Acesso restrito via <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253598259/v1/page/RB-1.3>.

²⁰ Nesse sentido, as disposições do artigo 7º da Resolução 125 de 2010 do CNJ: (...) Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 26 dez. 2023).

²¹ Os Centros Judiciários criados pelos Núcleos Permanentes, constituem o sistema de porta de entrada do cidadão, denominado de forma análoga ao sistema Norte Americano de Tribunais Multiportas, haja vista que, o cidadão, antes de qualquer submissão do

unidades do Poder Judiciário responsáveis por conduzir as audiências de conciliação e mediação, com atendimento e orientação em favor do cidadão (Conselho Nacional de Justiça, 2010)²².

A Resolução CNJ nº 125/2010 constituiu-se em importantíssimo passo rumo à consolidação da política da consensualidade no Brasil. Algumas das regras atualmente postas na legislação ordinária foram originariamente previstas na referida resolução, a qual, desde a redação originária, firma-se nos seguintes eixos: estruturação orgânica para o desenvolvimento da política nos tribunais (*núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos e centros judiciários de solução de conflitos e cidadania*), capacitação de mediadores e conciliadores e acompanhamento estatístico para diagnóstico (Toffoli; Peres, 2021, p. 15).

Importante salientar, em que pese a natureza jurídica heterocompositiva da arbitragem, já se falava na década de 90, de figuras alheias ao poder estatal, capazes de dirimir eventuais conflitos. Tratava-se, portanto, da lei n. 9.307 de 1996, intitulada lei de arbitragem, que tinha por finalidade a solução de conflitos de natureza disponível, mediante a confecção prévia em contratos com cláusula compromissória (artigo 4º da Lei), ou pelo compromisso posterior ao conflito instaurado denominado compromisso arbitral (artigo 9º da Lei) (Brasil, 1996)²³.

Efetivada a política pública para tratamento adequado dos conflitos, há uma intensificação gradativa por parte dos agentes

confílio ao Poder Judiciário, atribui-se como direito da parte, a possibilidade de solução do conflito pela via extraprocessual, através de sessões de mediação/conciliação, provocando uma forma de triagem ao conflito apresentado pelo cidadão (TOFFOLI; PERES, *op. cit.*, p. 15).

²² Nesse sentido, as disposições do artigo 7º inciso IV e 8º da Resolução 125 de 2010 do CNJ: (...) Art. 7º (...)

IV – Instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *op. cit.*, 2005).

²³ Para ilustração, tratam-se de espécies do gênero convenção (art. 3 da Lei), sendo a cláusula compromissória, de caráter preventivo, uma previsão contratual de que eventuais conflitos decorrentes do contrato, serão submetidos ao Juízo arbitral, não pelo Poder Judiciário (Cahali, 2022). Por sua vez, o compromisso arbitral, é o instrumento judicial ou extrajudicial firmado pelas partes, através do qual, presente um conflito materializado, deflagrado entre os envolvidos, opta-se pelas partes envolvidas, direcionar ao Juízo arbitral para se dirimir respectivo conflito (CAHALI, J. F. **Curso de arbitragem** [livro eletrônico]: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 8. ed. em e-book baseada na 9. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html).

políticos, no sentido de estimular o legislador nos avanços de mecanismos hábeis a solução pacífica de conflitos.

Dentre a continuidade de avanços, a edição da Resolução n. 118, de 01 de dezembro de 2014, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a Política Nacional de incentivo a autocomposição no âmbito do Ministério Público. Em complemento, nas considerações iniciais, destaca-se a importância do Ministério Público com a efetivação do Acesso à Justiça como direito fundamental, e autocomposição de conflitos como tendência mundial, na preocupação com a redução da litigiosidade de controvérsias envolvendo o Poder Público e os particulares, especialmente, as de natureza coletiva (Conselho Nacional do Ministério Público, 2015).

Ato contínuo, o relevante advento da Lei n. 13.105 de 2015, que institui o Código de Processo Civil. Na exposição de motivos em relação ao Anteprojeto do até então Novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas que organizaram a codificação, observa-se com atenção para uma das linhas principais do trabalho elaborado, qual seja, a preocupação com a resolução de problemas (Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, 2010, p. 22). Para tanto, traçou-se como objetivos, a conversão do processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado, possibilitando às partes, colocar fim ao conflito pelos institutos da mediação e da conciliação²⁴ (Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, 2010, p. 29).

Atrelada a proposta de incentivo as formas consensuais de solução de conflitos pelo legislador, em ato subsequente ao advento do Código de Processo Civil de 2015, 03 (três) meses depois, entra em vigor a Lei n. 13.140 de 26 de Junho de 2015, intitulada popularmente como a Lei de Mediação, que busca disciplinar a mediação entre particulares e no âmbito da administração pública (Brasil, 2015a)²⁵.

²⁴ Grande diferencial tratado na exposição de motivos, bem como ilustrado nas disposições dos artigos 3º e 334 do CPC, foi o privilégio de propiciar as partes litigantes como premissa, a submissão a audiência de conciliação/mediação antes mesmo da oferta do contraditório, incentivando na forma da lei, o uso das formas consensuais de solução de conflitos, em prol do acesso à ordem jurídica justa (BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 dez. 2023).

²⁵ Em que pese os inúmeros avanços legislativos na área de procedimentos judiciais (Lei de Juizados Especiais, tutela provisória), na prática se mantém a tradição bética judicial, com perfil formalista burocrático, arrazoados complexos, desapegados a informalismos, simplicidade e oralidade (Nunes, 2022). Em tese, não haveria a necessidade de uma legislação específica sobre a mediação, justamente pela informalidade que lhe é peculiar, no entanto, vive-se em um País continental, dotado de tradições burocráticas, e a inclusão legislativa do tema, fortalece a política para se evitar a insegurança jurídica (NUNES, A. C. O. **Manual de Mediação** [livro eletrônico]. 2. ed.

Em trâmite no Senado Federal, sobre o tema desjudicialização, discute-se nas casas legislativas, o advento da desjudicialização da execução civil, no que diz respeito aos títulos executivos judiciais e extrajudiciais. O Projeto Lei 6204 de 2019 (Brasil, 2019), de iniciativa da Senadora Soraya Thronicke, em suma, propõe a execução dos títulos em cartório de protestos, atribuindo a transferência de competência ao cartório de protestos, como agente de execução, modelo seguido em países como Portugal e França.

Sem adentrar ao mérito e andamento do projeto Lei, a justificativa da proposta legislativa, é pautada no debate já levantado em argumentos anteriores, qual seja, o alto número de litigiosidade, em especial, as execuções civis, com destaque do tempo destes processos, em aproximadamente 4 anos, considerando a finalidade do processo executivo, o impacto negativo no desenvolvimento econômico em razão da insatisfação dos créditos (Brasil, 2019).

Contextualizada a evolução da política pública de tratamento de conflitos no Brasil, e a respectiva importância como implementação prática para a efetivação do acesso à ordem jurídica justa, é indispesável estabelecer considerações acerca da evolução do processo de judicialização para a desjudicialização, como medida alternativa para a resolução de disputas, e mais, como ferramenta eficaz para a redução dos altos índices de litigiosidade já apresentados.

A judicialização pelo sistema constitucional imposto no individualismo liberalista, especialmente no rol de direitos e mecanismos de satisfação de conflitos, promoveu de forma exclusiva, a procura pelo Estado-Juiz, a forma de resolver os problemas oriundos da sociedade, de maneira que, a um primeiro olhar, a tarefa de satisfação dos conflitos, se dava por meio da sentença judicial²⁶.

A partir de uma concepção publicista de satisfação dos conflitos, como dito, observou-se uma contramão de direção a efetividade dos direitos, na medida em que, os conflitos são variados, a sociedade se

em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html.

²⁶ As palavras de Watanabe (2005, p. 687), quando expressa sobre a culturalização das sentenças, reflete ao problema da solução dos conflitos através das sentenças judiciais, e a preocupação pouco relevante com as formas consensuais de solução de conflitos no início do Século XXI: “(...) Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Por todas as razões acima citadas, os juízes preferem proferir sentença, ao invés de tentar conciliar as partes para obter a solução amigável de conflitos. Sentenciar é mais fácil e cômodo, para alguns juízes, do que pacificar os litigantes” (WATANABE, K. **Cultura da sentença e cultura da pacificação.** Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed, 2005).

moderniza (Nunes, 2022), e o aparato estatal não se torna suficiente como medida eficaz, para uma resposta adequada, justa, dentro de um tempo razoável.

Destaca-se, portanto, um crescimento exponencial da tecnologia e da sociedade de informação, o que tem provocado relações jurídicas diversificadas, com a consequente majoração de conflitos individuais e de massa (Toffoli; Peres, 2021). Ademais, a tradição cultural litigante, especialmente, mantida na concepção das instituições públicas, ações previdenciárias e executivos fiscais, representam com índices relevantes, a manutenção da judicialização em índices negativos para o papel da pacificação de conflitos (Toffoli; Peres, 2021).

Nessa concepção, exsurge a evolução da judicialização, para um novo pensamento intitulado desjudicialização, em resposta a satisfação de conflitos alheios a voz do Estado-Juiz. Como premissa, utilizam-se mecanismos adequados de solução de conflitos, transferindo como *ultima ratio*, a apreciação do conflito nas mãos do Poder Judiciário pela figura da heterocomposição.

A desjudicialização preconizada pelo ordenamento pátrio está voltada a prevenir a instauração da instância judicial mediante a solução do conflito-base fora dos lindes de um processo judicial, o que pressupõe amadurecimento das instituições públicas e privadas para que consigam resolver suas controvérsias sem a intervenção do Judiciário. Quando tudo deságua no Poder Judiciário, é sinal que as instituições fracassaram em resolver seus conflitos (Toffoli; Peres, 2021, p. 8).

Vale dizer, tem-se a ideia de afastar do Estado-Juiz, o poder exclusivo de satisfação dos conflitos. No entanto, o conceito de desjudicialização se torna ampliado enquanto prática usuária desde o ano de 2007, em observância ao conteúdo da Lei n. 11.441 de 2007, que estabeleceu a desjudicialização de conflitos nos divórcios e inventários, permitindo a solução extrajudicial destes procedimentos, quando ausente incapazes e a indispensável presença de direitos disponíveis em análise²⁷ (Ribeiro, 2013, p. 30).

Nesse contexto, pela desjudicialização, a parte que se encontra em desarmonia nas relações jurídicas, migra de um modelo de justiça *adversarial*, para um modelo flexível em matéria de pacificação social, ao ponto de optar pela utilização de técnicas adequadas, aos

²⁷ Por exemplificação a intensificação da desjudicialização, cita-se para ilustrar, os provimentos instituídos pelo Conselho Nacional de Justiça de números 150, 151, 152 e 153, que respectivamente regulamentam: a) o processo de adjudicação compulsória extrajudicial (artigo 216-B da lei de Registros Públicos – Lei n. 6015 de 1973); b) o registro de natimorto e o procedimento de promoção do registro de nascimento de criança ou adolescente em caso de omissão pela via extrajudicial; c) as regras de averbação de alteração extrajudicial de nome, de gênero ou de ambos de pessoas transgênero; d) o procedimento de alteração extrajudicial do nome perante o registro Civil das Pessoas Naturais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023).

complexos conflitos apresentados na sociedade contemporânea.

A ideia, portanto, é se almejar o alcance de uma resposta justa, adequada e efetiva, com o menor custo, baixa complexidade, e efetivo dispêndio reduzido de tempo na satisfação do conflito, o que provocará como consequência, uma legitimidade fortalecida no conflito, e, por caráter reflexo, menos risco de descumprimento ao acordo entabulado entre as partes (Oliveira; Gonçalves, 2021).

É preciso esclarecer ainda, que as normas processuais que prescrevem a política de tratamento adequado de conflitos no sistema brasileiro, não podem ser qualificadas como sinônimo de desjudicialização. Equipara-se a doutrina, na consensualidade da jurisdição, em que os meios adequados são plenamente admitidos, como forma técnica de instrumentalizar a prestação jurisdicional (Oliveira; Gonçalves, 2021, p. 40).

No entanto, defende-se preliminarmente a desjudicialização através do uso de técnicas adequadas, a exemplo, a negociação de forma extrajudicial, como instrumento de pacificação dos conflitos e redução das litigiosidades. É pela figura da satisfação dos conflitos extrajudiciais (desjudicialização), que se terá uma harmonia social pela cultura de paz, a resposta rápida e efetiva dos conflitos, e mais, a possibilidade de se estabelecer a filtragem das controvérsias submetidas ao Judiciário, permitindo uma prestação de serviço jurisdicional técnica, e eficaz aos litigantes, dado a redução dos litígios, proporcional ao número de agentes do Judiciário.

Como forma de corroborar a afirmação da importância de solução dos conflitos de forma pacificada por vias alternativas ao modelo Estado-Juiz, é relevante trazer adiante, determinados escritos que correlacionam a efetividade da Justiça, os métodos adequados de solução de controvérsias e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável previstos pela Agenda Global de 2030.

1.3 | A AGENDA GLOBAL DE 2030 E OS OBJETIVOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA PROPOSTA PARA O ACESSO À JUSTIÇA SUSTENTÁVEL

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU no ano de 2018, através da Resolução A/RES/72/279 (Organização das Nações Unidas, 2018), com adesão de 193 Países, nele incluso o Brasil, incorporando 8 objetivos de Desenvolvimento do Milênio referente a Agenda 2015 (2000/2015), com a consequente ampliação para 17 objetivos em relação a Agenda

2030 (2016/2030) (Wedy, 2023).

De forma prefacial, a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável se intitula como um plano de ação em favor das pessoas, do planeta e da prosperidade (Organização das Nações Unidas, 2015). Como regra máxima, se concilia com um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal (art. 3º inciso III) (Brasil, 1998), qual seja, erradicar a pobreza em todas as dimensões (Organização das Nações Unidas, 2015). Ademais, de forma colaborativa, se comprometem os Países na adoção de medidas necessárias e urgentes, no sentido de direcionamento do mundo, para um caminho sustentável e resiliente (Organização das Nações Unidas, 2015).

Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas elencados na Agenda 2030 demonstram a escala e a ambição dessa nova Agenda universal. Eles se constroem sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e se propõem a realizar o que estes não conseguiram alcançar. Em linhas gerais, os ODS buscam concretizar os direitos humanos de todos e alcançar igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas, considerando, ademais, que todos os ODS são integrados, indissociáveis e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: econômica, social e ambiental ou ecológica (nela necessariamente incluída a dimensão climática). (Wedy, 2023, p. 4).

Como complementação, entende-se relevante traçar significados doutrinários das expressões desenvolvimento sustentável e sustentabilidade, como forma de fortalecer a integração e o relacionamento das expressões na prática, em prol do alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

O desenvolvimento sustentável²⁸, na condição de princípio constitucional²⁹ no ordenamento jurídico nacional³⁰, historicamente

²⁸ No dizeres de Machado (2011, p. 161) “(...) A palavra sustentável é boa porque significa que suficiente é conseguir com que a economia cresça, sem destruir os recursos e o ambiente dos quais o futuro depende, para manter o crescimento econômico de forma que os impactos sociais e ambientais desse crescimento permaneçam em equilíbrio” (MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011).

²⁹ O Desenvolvimento Sustentável é positivado como princípio no artigo 225 da Constituição Federal, do qual extrai-se no *caput*: “(...) Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 dez. 2023).

³⁰ A proteção do meio ambiente nos dizeres de Silva (2011, p. 851) é um direito preponderante, quando se compara aos direitos fundamentais da propriedade, iniciativa privada, por exemplo, pois equiparado ao direito fundamental à vida, que encontra-se em jogo, quando se está em destaque a qualidade do meio ambiente, para fins de se

surgiu na Conferência Mundial de Meio Ambiente realizada no ano de 1972 na cidade de Estocolmo, ante a necessária mudança proveniente do liberalismo, inaplicável diante da revolução de massas (Fiorillo, 2008, p. 27-28). Era preciso de forma urgente, equilibrar o descontrole da utilização de recursos naturais (esgotáveis), e, de forma paralela, permitir a constância da atividade econômica produtiva, no entanto, por intermédio do intervencionismo estatal.

Como dito, sem estabelecer uma ideia de diferenciação, mas de complementação de significados, a sustentabilidade³¹ pode ser vista como a capacidade de percepção de resiliência entre os seres humanos e o meio ambiente, de forma a se determinar simultaneamente, quais são as condições favoráveis a manutenção, adaptação de uma vida (humana e não humana) equilibrada, através de uma matriz que engloba aspectos biológicos, físicos, químicos, políticos, culturais, econômicos, tecnológicos, dentre outros (Mayerle, 2018, p. 36).

Para reforçar a expressão sustentabilidade, o que guarda ampla relação com a amplitude da expressão constitucional do desenvolvimento sustentável já apresentadas em parágrafos anteriores, as dimensões da sustentabilidade se aportam pela tríade intitulada *Triple Bottom Line* (TBL – tripé da sustentabilidade), em seus aspectos econômicos, social e ecológicos (Soler *et al.*, 2018, p. 65).

Em destaque, o viés social, na análise de dois conceitos bases: as necessidades essenciais da população pobre do mundo, e, a organização social no que diz respeito a capacidade do meio ambiente em atender necessidades do presente e futuro (Mayerle, 2018, p. 42), nelas inclusas, a atenção aos recursos humanos, saúde e segurança dos consumidores, o impacto na comunidade (Soler *et al.*, 2018, p. 65). Trata-se do equilíbrio em atender a sociedade, sem que se comprometa as necessidades futuras dos seres humanos.

Pela dimensão econômica, em uma tríade verbal de produzir, distribuir e utilizar de forma equilibrada e justa as riquezas

estabelecer a qualidade da vida humana (SILVA, J. A da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011).

³¹ Apesar da analogia, sustentabilidade e desenvolvimento sustentável caminham de forma integrada para a compreensão na relação entre atividades humanas e meio ambiente. A sustentabilidade abrange os sistemas e o próprio desenvolvimento sustentável no que diz respeito a necessidades humanas e bem-estar. O desenvolvimento sustentável, é a forma de acesso, porta de entrada para se atingir a sustentabilidade. A sustentabilidade consiste em uma meta ou parâmetro (objetivo final), definido por meio de critérios científicos, que mensura e acompanha os resultados gerados pela utilização de estratégias do desenvolvimento sustentável (FEIL, A. A.; SCHREIBER, D. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 14, n. 3, p. 667-681, Jul./Set. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cebape/v15n3/1679-3951-cebape-15-03-00667.pdf>. Acesso em 01 jan. 2024).

produzidas pelo homem, a ponto de se estabelecer uma analogia entre a sustentabilidade com a viabilidade de se gerar riqueza para a empresa, peculiaridade do capitalismo (empresa economicamente viável no mercado) (Mayerle, 2018, p. 52).

Por sua vez, a dimensão ambiental, aspectos relacionados com o uso de recursos hídricos, energéticos, proteção a biodiversidade, *habitats* naturais e produções limpas (Soler *et al.*, 2018, p. 65). Concebe-se que a vida seja objeto de proteção, na sua relação entre homem e meio ambiente, dada a íntima relação entre ambos, do presente, para as futuras gerações (Mayerle, 2018, p. 40). Resumidamente:

(...) o uso racional dos recursos naturais, o consumo de combustíveis fósseis, de recursos renováveis e não renováveis em geral, reduzir o volume de resíduos e de poluição através da política 3R (reduzir, reutilizar, reciclar) (Froehlich, 2014, p. 157).

Diante das considerações apresentadas, é importante esclarecer que os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, por envolver a amplitude da garantia de direitos humanos, atribuem o dever de tutela não somente aos Estados que aderiram as obrigações, mas também as organizações, associações, sociedade civil, e empresa.

A relação entre Direitos Humanos, Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e pacificação de conflitos torna-se estampada, quando se analisa a prescrição legal da Carta das Nações Unidas³², promulgada pelo Decreto n. 19.841 de 1945 (Brasil, 1941), e apensada a respectiva normativa, especialmente, na disposição do artigo 33.1 pertinente a solução pacífica de controvérsias que:

(...) as partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha (Organização das Nações Unidas, 1945).

Historicamente, após a segunda guerra mundial que se levanta a bandeira pela internacionalização dos direitos humanos (Piovesan, 2006, p. 124)³³. Cria-se as Nações Unidas e respectivas agências

³² Para Piovesan (2006, p. 127-128), o documento “(...) consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do direito internacional (PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006).

³³ Os direitos humanos se inserem como política internacional, em surgimento à partir do movimento Pós-Guerra, fruto dos abusos cometidos no regime nazista, diante de um

especializadas, a exemplo de órgãos, a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, Conselho econômico, social, de tutela, dentre outros, conforme as disposições do artigo 7º da Carta (Piovesan, 2006).

Em que pese a disciplina enfática da Carta, no sentido de defender, promover e respeitar os direitos humanos, a forma de se desvendar o significado e alcance das expressões direitos humanos e liberdades fundamentais se materializou com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Piovesan, 2006, p. 128)³⁴. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, com preocupação explícita ao reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana, fruto das barbáries cometidas no período de guerras, marcada por uma preocupação cada vez maior, na criação de mecanismos hábeis a diminuição da violência, a busca da paz mundial entre povos através da equidade (Organização das Nações Unidas, 1948)³⁵.

Pela Declaração Universal, não se fala mais em reconhecimento de direitos universais, mas da efetivação e proteção dos direitos em favor do cidadão, tarefa até então exercida pelo direito de resistência no jusnaturalismo (Bobbio, 2020, p. 31), para uma atividade positiva do Estado na proteção e efetivação dos direitos em favor do cidadão.

Roberto Bobbio (2020, p. 32) desenvolve de forma clássica a distinção entre direitos humanos e direitos históricos. Para o autor, os direitos humanos decorrem da civilização humana, que não decorre da natureza, e os direitos históricos, mutáveis, sujeitos a transformação pelo tempo. Portanto, os direitos elencados na

Estado violador de direitos humanos (Piovesan, 2006a, p. 8-9). Na observação a um cenário de violação aos direitos humanos, busca-se a reconstrução de preceitos éticos, fruto de um modelo positivista e absoluto, responsável pelo formalismo sem qualquer cunho moral e ético (PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006a).

³⁴ Era preciso justificar o exato fundamento do direito, melhor dizendo, superar o modelo jusnaturalista de uma concepção abstrata de direitos do homem, para a concepção concreta, através da universalidade de direitos. Para Bobbio (2020, p. 26), formalizar a Declaração Universal “(...) representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade” (BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: LTC, 2020).

³⁵ Assim como a Carta das Nações Unidas, a Declaração não se configurava de forma explícita como um Tratado Internacional, no entanto, mesmo que não obrigue os membros da ONU ao fiel cumprimento das obrigações encartadas, sua natureza universal não impediu que os princípios fundamentais influenciassem tratados internacionais de direitos humanos, e, portanto, plenamente eficazes em relação aos Países vinculados (FÔNSECA, V. **Processo Civil e direitos humanos** [livro eletrônico] 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html).

Declaração Universal consideram-se do homem histórico, a exemplo os direitos sociais, defendidos e criados com a revolução Industrial, e de forma contemporânea, objeto de transformação (Bobbio, 2020, p. 33). Nesse sentido:

(...) A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábua não foram gravadas de uma vez para sempre (Bobbio, 2020, p. 33).

Falar em direitos humanos é tarefa árdua e de difícil delimitação conceitual. No entanto, é indispensável traçar algumas considerações, uma vez que, a discussão em foco diz respeito a proteção dos direitos humanos, a atuação do Poder Judiciário para tal fim, e o papel da Agenda 2030 ante o contexto da desjudicialização.

Nesse sentido, o homem faz parte do universo natureza, no entanto, não se considera superior a qualquer outra espécie, pelo fato de sua etnia, convicção religiosa, nacionalidade, partido político. O motivo que culmina a natureza da proteção de direitos é a dignidade humana (Cretella Neto, 2019)³⁶. Portanto, os direitos humanos, pela característica da universalidade, permitem concluir que a dignidade humana, enquanto natureza transnacional, independe de qualquer lei nacional para o respectivo reconhecimento, uma vez que, inerente a condição humana (Cretella Neto, 2019).

Para o objetivo da Agenda 2030 em prol dos direitos humanos, especialmente na atividade positiva do Estado em prol da efetivação de tais direitos, destaca-se ao tópico em análise, o objetivo 16 intitulado Paz, Justiça e Instituições Eficazes, que tem por finalidade “(...) Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (Organização das Nações Unidas, 2015).

Nesse aspecto, o Poder Judiciário, pessoas e órgãos vinculados, bem como os que dele se utilizam, são instrumentos importantes, para o fortalecimento do alcance da promoção de sociedades pacíficas, na

³⁶ Refletir sobre a dignidade da pessoa humana é partir da premissa de duas perspectivas que se convergem, quais sejam: a dignidade como qualidade humana, e a segunda de forma conexa, na concepção normativa. Pela perspectiva humana, do agente, reporta-se ao conceito Kantiano, em que a dignidade é a qualidade de todo e qualquer ser humano como razão universal, um valor moral inerente a pessoa. Como norma, a dignidade é uma qualidade precedente que exclui qualquer necessidade de admiti-la como norma expressa, para que seja reconhecida e aplicada (CLÉVE, C. M. **Direito Constitucional Brasileiro**: volume 1 [livro eletrônico]: Teoria da constituição e direitos fundamentais. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html).

busca pelo desenvolvimento sustentável, com o fito de proporcionar o acesso a ordem jurídica, na efetivação dos direitos fundamentais ao cidadão.

Como forma de delimitar os objetivos ao que ora se defende, faz-se um destaque na meta 16.3 que prevê como ação de todos, a promoção do Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade (formal e material) de acesso à justiça para todos (Organização das Nações Unidas, 2015). Em complemento, na meta 16.6, através do desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparente em todos os níveis, e não menos importante, a meta 16.7, pela tomada de decisões de forma responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis (Organização das Nações Unidas, 2015).

Observa-se que das três metas apresentadas em relação ao Objetivo para o Desenvolvimento Sustentável de n. 16, todas elas guardam ampla relação com a ideia de desjudicialização, na medida em que, o Judiciário, bem como as partes individuais e coletivas de determinada relação jurídica, devem agir conjuntamente, para a implementação de ações privadas e políticas públicas necessárias para se evitar a litigiosidade, minimizar os conflitos. É indispensável conscientizar os envolvidos de qualquer relação jurídica, que antes da litigância, a tomada de decisão para a solução de um conflito pode-se originar das partes, em atitude responsável, o que culminará na tentativa negocial/conciliadora do conflito, e a busca da efetivação do acesso à justiça pela via extrajudicial.

Tornar extrajudicial a forma de solução de determinado conflito é permitir a economia de tempo, de custos, a manutenção de relacionamentos (relação jurídica), e o benefício reflexo de terceiras pessoas e a coletividade vinculada a relação. Ao se tornar realizável a economia de tempo e custo na solução de um conflito, fala-se em alcance de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, e mais, a promoção dos objetivos sociais, ambiental, no tripé da sustentabilidade já defendido anteriormente³⁷.

Em terras brasileiras, o fomento para atender os anseios da ODS 16, melhor dizendo, conciliar as atividades do Judiciário com os

³⁷ Quando se fala em tripé da sustentabilidade, faz-se uma analogia a sigla ESG, popularmente utilizada na atualidade, para se referir a aspectos ambientais (*Environmental*), sociais (*Social*) e de Governança (*Governance*), reflete a ideia de que todos os envolvidos no processo de promoção dos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, devam estar voltados a preocupação de cunho social, meio ambiente e ética na vida e nos negócios (NASCIMENTO, J. O. **ESG: o Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder – a tríade regenerativa do futuro global.** 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Página RB-1.2. Acesso restrito via <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/274075462/v1/page/RB-1.2>.

indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, ganha folego no ano de 2018 com a criação da Portaria n. 133 de 2018, que instituiu o Comitê Interinstitucional destinado ao desenvolvimento de estudos e apresentação de proposta para a integração das metas do Poder Judiciário, com os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Conselho Nacional de Justiça, 2018).

No ano seguinte, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça Ministro Dias Toffoli (Conselho Nacional de Justiça, 2019, n.p), na reunião de esforços com o Conselho Nacional do Ministério Público, no ato representado pela Procuradora Geral da República Raquel Dodge e a Organização das Nações Unidas, representada pelo Coordenador Residente no Brasil Niky Fabiancic, assinam o Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 (Conselho Nacional de Justiça, 2019a), criando no ato, pela Portaria n. 119 de 2019, o Laboratório de inovação, Inteligência e ODS (Conselho Nacional de Justiça, 2019b, n. p).

No mesmo ano, em decorrência da realização do XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário em Maceió, aprova-se a Meta Nacional 9 do Poder Judiciário, com a finalidade de integrar as ações do Judiciário em relação aos propósitos e indicadores da Agenda 2030, consistente em ações de prevenção ou desjudicialização de litígios (Conselho Nacional de Justiça, 2019c, n.p).

Respectiva Meta é fruto de ato conjunto dos segmentos da Justiça, de maneira que cabe aos Tribunais: a) escolher um dos objetivos do ODS; b) selecionar os 03 (três) assuntos mais demandados no acervo do tribunal; c) relacionar um dos assuntos a uma das ODS; e, por fim, d) elaborar o respectivo plano de ação (Conselho Nacional de Justiça, 2020, p. 24).

Diante do contexto histórico apresentado, percebe-se a vanguarda do Judiciário brasileiro, mormente pela preocupação com os indicadores específicos dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, especialmente, como relatado, a atenção para a de n. 16, pela promoção da pacificação das sociedades, construindo de forma igualitária, o acesso à justiça para todos os povos.

Vislumbra-se de forma notória, a preocupação do Judiciário com o Acesso à Justiça, em especial nas percepções do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (LIODS)³⁸, com a finalidade de auxiliar os Tribunais, no sentido de

³⁸ Órgão instituído pela Portaria n. 119 de 21 de agosto de 2019, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, coordenado pela Conselheira Maria Tereza Uille Gomes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria n. 133 de 28 de setembro de 2018** (Publicada DJ-e n. 206/2018 em 24/10/2018). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//portaria/portaria_133_28092018_24102018134936.pdf. Acesso em 03 jan. 2024).

elaborar e implementar ações conjuntas para a solução de conflitos, visando evitar a litigiosidade excessiva (Conselho Nacional de Justiça, 2019c, n.p)³⁹. Como complemento, o glossário da Meta 9 destaca como ações do Tribunal, em especial, realizar ações de prevenção e desjudicialização de litígios voltadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 (Conselho Nacional de Justiça, 2019c, n.p)⁴⁰.

À partir desse cenário ativista sustentável do Judiciário nacional, observam-se avanços consideráveis no que diz respeito ao processo de implementação de ações hábeis ao processo de desjudicialização, para efeito de se evitar a combatida litigiosidade excessiva.

O ano de 2020 marca de forma profunda, uma abrupta mudança em matéria de eficiência na prestação jurisdicional. Em razão da crise pública provocada pela pandemia do Coronavírus, editam-se pela competência do Conselho Nacional de Justiça, as Resoluções de n. 313 (Conselho Nacional de Justiça, 2020a)⁴¹, n. 314 (Conselho Nacional de Justiça, 2020b)⁴², e n. 329 (Conselho Nacional de Justiça, 2020c)⁴³, afirmando que a atividade jurisdicional é ininterrupta e

³⁹ Nesse sentido, a disposição do artigo 3º inciso II da Portaria n. 119 de 21 de Agosto de 2019:

“(...) Art. 3º Compete ao LIODS:

(...)

II - elaborar e implementar plano de ação com soluções conjuntas e pacíficas voltadas à melhoria da gestão pública, visando evitar judicialização excessiva, e outras agendas de interesse global.

⁴⁰ Acrescenta por desjudicialização, “(...) a ação voltada à resolução de conflitos, em sua gênese, promovendo pacificação social apta a cumprir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Desjudicializar significa reverter judicialização excessiva a partir da prevenção, localizando a origem do problema e encontrando soluções pacíficas por meio de técnicas de conciliação ou mediação com atores do sistema de justiça, sem que cause impacto no acesso à justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Meta 9 do Poder Judiciário.** Brasília: 2019c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/meta-9-do-poder-judiciario/>. Acesso em 03 jan. 2024).

⁴¹ Respectivamente, tratavam-se de medidas instituídas à época, em razão de relevante urgência, com a finalidade de suspensão do atendimento presencial nas unidades jurisdicionais, suspensão de prazos processuais, e movimentação de processos específicos, a exemplo o Habeas Corpus, tutelas provisórias de qualquer natureza, prisão em flagrante, liberdade provisória dentre outras previstas no artigo 4º da normativa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 313, de 19 de março de 2020.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf>. Acesso em 04 jan. 2024).

⁴² Respectiva Resolução, em razão da manutenção do estado de emergência provocado pela pandemia, prorrogou as disposições da Resolução de n. 313, mantendo suspenso os prazos processuais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 314 de 20 de abril de 2020.** (Publicada DJ-e/CNJ n. 106/2020 em 20/04/2020). Brasília: 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em 04 jan. 2024).

⁴³ A presente Resolução, nos termos do art. 3º, prescreveu a adoção de audiências por meio de videoconferência em processos criminais e de execução penal, em razão da

essencial, operando-se de forma contínua, com a ressalva da preservação da saúde de seus agentes (Araújo; Gabriel; Porto, 2022).

Em ato subsequente, a lei 13.994 de 2020 possibilitou a audiência de conciliação virtual no Juízo de pequenas causas, alterando as disposições do artigo 22 e 23 da lei 9.099 de 1995 (Brasil, 2020)⁴⁴, e, a consolidação do Juízo 100% digital, com a publicação da Resolução 345 de 2020, permitindo nos termos do artigo 1º, a prática de todos os atos processuais por meio eletrônico e remoto, através da rede mundial de computadores (Conselho Nacional de Justiça, 2020d).

Vale dizer ainda, que o processo de desjudicialização de conflitos foi intensificado pelo Conselho Nacional de justiça, com a publicação da Resolução n. 358 de 2020, na finalidade de disciplinar a introdução de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça, 2020e). Destaca-se no presente exemplo as *on line dispute resolutions* (ODRs) intituladas por plataformas eletrônicas (virtuais), para a facilitação da comunicação e solução de disputas, promovendo de forma ampla, a busca da desjudicialização de conflitos e o amplo Acesso à Justiça, ferramenta que será objeto de exploração teórica em tópico seguinte.

Em ato contínuo, destacam-se as Resoluções de n. 372 (Conselho Nacional de Justiça, 2021) e n. 385 (Conselho Nacional de Justiça, 2021a) do ano de 2021 respectivamente, tratando da obrigatoriedade de utilização do balcão virtual com a finalidade de cooperação entre unidades jurisdicionais e advogados, em relação a dúvidas e esclarecimentos nos processos, e por fim, a inclusão da Justiça 4.0 através dos Núcleos de Justiça 4.0, composta por unidades do jurisdicionado ou de apoio jurisdicional, com juízes especializados em determinada matéria, e que concentrará o julgamento dos feitos do respectivo núcleo, permitindo uma gestão efetiva da força de trabalho, eficiência da prestação jurisdicional, ganho de qualidade e celeridade nos trâmites processuais (Azambuja, 2022).

Portanto, conciliando os propósitos do Poder Judiciário, para a

necessidade da continuidade da prestação jurisdicional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 329 de 30 de julho de 2020.** (Publicada DJ-e/CNJ n. 247/2020 em 31/07/2020). Brasília: 2020c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acesso em 04 jan. 2020.

⁴⁴ Nesse sentido:

Art. 22 (...)

§ 2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes.

Art. 23 Se o demandado não comparecer ou recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado proferirá sentença.

implementação/execução de planos de ação em prol do alcance dos indicadores da Agenda 2030, correlacionado com a trágica ocorrência da pandemia, as atividades virtuais culminaram em grande parte, na eficiência da prestação jurisdicional, na ideia de que o jurisdicionado funciona além da parede física das unidades jurisdicionais. Uma resposta agilizada em relação a determinadas demandas, culminando os propósitos da ODS-16, na promoção da pacificação social, inclusiva, sustentável, garantido o acesso à justiça, aos que efetivamente necessitarem.

Em que pese o compromisso diário do Judiciário com o alcance de uma ordem jurídica justa, a desjudicialização tem contribuído de forma relevante para o processo implementação de ações em prol das metas previstas pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

O presente discurso se faz pertinente, como parte das arguições da tese, favoráveis a utilização dos métodos autocompositivos de pacificação social, notadamente a negociação, como forma de entender que o Acesso à Justiça não se efetiva exclusivamente pelo direito de ação, mas também, por facetas terceiras, seja pela via judicial ou extrajudicial.

O ponto crucial, é de se defender a via extrajudicial de satisfação dos conflitos, como forma de se efetivar a sustentabilidade, para uma resposta social, ambiental e de governança, sobretudo, quando se trata das relações de cunho empresarial, que adiante serão discriminadas pelas figuras de franqueador e franqueado no contrato de franquia.

Proporcionar a solução de conflitos na seara empresarial nos contratos de franquia, sob o formato extrajudicial, é franquear a manutenção das relações entre empresários pela harmonia, o que atende ao aspecto social da sustentabilidade. Da mesma forma, é proporcionar uma resposta prática célere, on line, sem perda de energia (tempo), o que imprime o efeito da responsabilidade ambiental pelo dispêndio de tempo nas disputas, provocando benefícios de responsabilidade social aos que dependem da empresa (shareholders e stakeholders⁴⁵). E mais, proporcionar, sob o aspecto da governança, a manutenção das tratativas negociais, com ética e postura nos negócios, trazendo ao foco da solução de disputas, clareza e transparência, para o fim de uma eficiente solução do conflito.

⁴⁵ A doutrina contemporânea (Schwab, 2016, p. 12), ao fazer menção na dificuldade de identificação precisa das tecnologias e a nova transformação que permeia respectivo processo da revolução industrial moderna (quarta revolução), remete a necessidade da preocupação dos *Stakeholders*, para o trabalho conjunto em prol da identificação desta sociedade moderna em transformação, qualificando-os subjetivamente pelos governos, empresas, universidades e sociedade civil (Schwab, K. **A Quarta revolução Industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016).

1.4 | AS FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO MEDIDA ÚTIL PARA O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO: DAS ADRS ÀS ODRS

Diante das considerações anteriormente apresentadas, na demonstração do acesso à Justiça, e as formas de alcance do amplo acesso a ordem jurídica justa, visto como o acesso aos Tribunais, mas também, sob a perspectiva do cidadão de obter o alcance da pacificação social sob vias alternativas de satisfação de conflitos, é indispensável, portanto, trazer à baila, considerações sobre as formas consensuais de conflitos pelo sistema multiportas, e o movimento em prol de uma sistema avançado, em prol da defesa da desjudicialização, em matéria de harmonização de conflitos.

Tratar sobre a ausência dos meios adequados de solução de conflitos é dizer sob uma restrição do acesso a ordem jurídica justa, uma vez que, ausente respectivos métodos, como a negociação, conciliação e mediação, não se terá o verdadeiro acesso à justiça (Watanabe, 2012). Nesse contexto, a premissa para o fiel alcance prático da expressão é “(...) adequação da solução à natureza dos conflitos e às peculiaridades e condições especiais das pessoas envolvidas” (Watanabe, 2012, p.89).

A partir de tal raciocínio, é importante esclarecer que as formas alternativas de solução de conflitos não podem ser utilizadas como *ultima ratio*, ou exclusividade de técnica no tratamento da litigiosidade, mas sim, uma forma de conceder às partes, uma solução mais adequada a determinados interesses apresentados pelas partes, a forma mais ampla de acesso à justiça (Watanabe, 2012).

Para ilustração, de forma clássica, Dinamarco (2004) tratava do tema apontando respectivas vantagens para o uso de tais técnicas:

As vantagens dessas soluções alternativas consistem principalmente em evitar as dificuldades que empecem e dificultam a tutela jurisdicional, as saber: a) o custo financeiro do processo (taxas judiciárias, honorários de advogados, perícias etc.); b) a excessiva duração dos trâmites processuais, que muitas vezes causam a diluição da utilidade do resultado final; c) o necessário cumprimento das formas processuais, com a irracional tendência de muitos a favorecer o formalismo. Indicam-se também, em prol da arbitragem, d) o melhor conhecimento do *thema decidendum* pelos árbitros especializados, além (e) do menor apego a higidez da lei, dada a possibilidade de optar pelo Juízo de equidade (CPC, art. 1075, inciso IV) e f) da ausência de publicidade, que favorece a preservação da privacidade ou mesmo de segredos industriais (Dinamarco, 2004, p. 124).

Em quadro comparativo com o desenvolvimento norte americano acerca das formas consensuais de conflitos, menciona-se que os latinos americanos vivenciaram a resolução alternativa de disputas na

intitulada “pálida sombra da Lei”, também denominada de “resolução de conflitos latino-americana” (LDR) (Crespo, 2012), em razão da ausência do “A”, o viés alternativo (Crespo, 2012, p. 41-42). A justificativa, nos anos 2000, se devia a ausência de mecanismos de solução de conflitos alternativos, próprios de uma população latina (Crespo, 2012, p. 41-42).

Como complemento crítico, a forma de se otimizar um sistema sustentável de solução de disputas, é a criação de Leis, que estejam voltadas ao tipo-espécie de consenso envolvida, como forma de canalizar respectiva disputa para a técnica específica que lhe é favorável a solução (Crespo, 2012). Isso porque, as codificações latino americanas, em grande parte remetem ao modelo europeu, pouco preocupado com as partes em si, e subjetividades de seus interesses (Crespo, 2012).

Apresentada determinadas peculiaridades gerais sobre as formas consensuais de solução de conflitos, indispensável delinear determinados apontamentos sobre o sistema multiportas, formato alternativo desenvolvido no sistema norte americano, como forma de alcance diverso da solução de conflitos pela via estatal, e a sua evolução das ADRs, para a contemporaneidade das ODRs.

A terminologia empregada para o sistema multiportas ou tribunal multiportas é originária da conferência Variedades de processamento de conflitos, “(...) proferida na *Pound Conference*⁴⁶ em St. Paul, em 1976, pelo professor de Harvard, Frank E. A. Sander” (Cabral, 2021).

Professor. Frank E. A. Sander, da Harvard Law School, articulou pela primeira vez o conceito de tribunal multiportas em abril de 1976, em uma conferência convocada pelo Chefe de Justiça Warren Burger para resolver os problemas enfrentados pelos juízes na administração da justiça.⁴ O professor Sander imaginou o tribunal do futuro como um centro de resolução de disputas que oferece uma gama de opções para a resolução de disputas legais. O litígio seria uma opção entre muitas incluindo conciliação, mediação, arbitragem e ouvidorias⁴⁷ (Kessler; Finkelstein, 1988, p. 577, tradução nossa).

⁴⁶ Decorrido três anos da conferência, os escritos foram encadernados e reduzidos a livro, incluindo um volume específico sobre o relatório da força tarefa que acompanhou de perto os trabalhos da conferência (WALLACE, J. C. Judicial Reform and the Pound Conference of 1976, v. 80, **Michigan La Review**, n. 592 (1982). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol80/iss4/5>. Acesso em 09 jan. 2024).

⁴⁷ “(...) Professor. Frank E.A. Sander of Harvard Law School first articulated the multi-door courthouse concept in April 1976 at a conference convened by Chief Justice Warren Burger to address the problems faced by judges in the administration of justice. Professor Sander envisioned the courthouse of the future as a dispute resolution center offering an array of options for the resolution of legal disputes. Litigation would be one option among many including conciliation, mediation, arbitration, and ombudspeople (KESSLER, G; FINKELSTEIN, L. J. *The Evolution of a Multi-Door Courthouse*, v. 37, CATH. U. L. REV. 577 (1988). Disponível em: <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol37/iss3/2/>. Acesso

Nesse sentido, o Desembargador aposentado do Tribunal de Apelação da *Califórnia*⁴⁸ e professor da *University of Southern California*⁴⁹ Earl Johnson Jr. (2012)⁵⁰, ao fazer menção em um de seus textos, relembrando na ocasião, a realização da *The Pound Conference*⁵¹, destacou que a conferência foi desenvolvida nos dias 07 a 09 de abril de 1976 em St. Paul (Minesota), comumente denominada de “Conferência Revisitada de Pound” (Johnson Jr., 2012, p. 6), em que Frank Sander propunha aos ouvintes, um Tribunal Multiportas, proveniente das causas de insatisfação da administração de justiça (Johnson Jr., 2012, p. 6, tradução nossa)⁵².

No mesmo raciocínio, a ideia de Sander era franquear de forma

em 08 de jan. 2023).

⁴⁸ Atualmente, dada a importância do Estado em caráter econômico e de população, a Califórnia divide a jurisdição em critério demográfico – intitulado nono circuito - região - distritos, subdividindo-se em região principal central (que abarca a cidade de Los Angeles), a região Eastern – oriental-norte (Capital do Estado Sacramento e San Jose), e o distrito Southern – Sul (San Diego) (UNITED STATES COURTS FOR THE NINTH CIRCUIT. Disponível em: <https://www.ca9.uscourts.gov/district/district-and-bankruptcy-courts/>. Acesso em 09 jan. 2024).

⁴⁹ De iniciativa do magistrado Robert Maclay na década de 1870, a Universidade do Sul da Califórnia foi fundada no ano de 1880, com 58 alunos e 10 professores, e na atualidade, se encontra em um dos maiores centros do mundo, na capital Los Angeles (USA), com cerca de 48.000 alunos (UNIVERSITY OF SOUTHERN CALIFORNIA. USC. Disponível em: <https://www.usc.edu/we-are-usc/the-university/our-history/>. Acesso em 09 jan. 2024).

⁵⁰ Aposentado, atuou como Juiz Associado do Tribunal de Apelação, Segundo Distrito de Apelação, de 1982 a 2007. Atuou como professor na Escola de Direito Gould da USC nas décadas de 1960 e 1970. Anteriormente, o juiz Johnson foi o segundo diretor do Programa de Serviços Jurídicos do Escritório de Igualdade de Oportunidades (OEO), um programa que ele foi fundamental na criação como parte da “Guerra à Pobreza” do presidente Lyndon Johnson. Nessa função, o juiz Johnson criou duas das ideias mais inovadoras para a prestação de serviços jurídicos às pessoas pobres - centros de apoio a serviços jurídicos, como o Western Center on Law & Poverty (WESTERN CENTER ON LAW & PROPERTY. Disponível em: <https://wclp.org/about-wclp/>. Acesso em 09 jan. 2024).

⁵¹ A conferência em memória a Roscoe Pound, deve-se ao fato de que no mesmo local, o reitor da Faculdade de Direito de Harvard, Roscoe Pound, proferiu o discurso original sobre as “Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça” 70 anos antes (Johnson Jr., 2012, p. 6, tradução nossa). Nesse sentido, o conteúdo literal do texto: (...) *At the very venue Harvard Law School Dean Roscoe Pound had delivered the original address on the “Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” 70 years earlier. I was fortunate enough to attend* (JOHNSON, E. The Pound Conference Remembered. **Dispute resolution magazine**, Fall 2012, v. 19, n. 1. Disponível em: https://franksander.com/wp-content/uploads/2018/10/DRM_Fall12_Sander_Final.pdf. Acesso em 07 jan. 2024).

⁵² (...) *That was Frank's idea of a “multidoor courthouse,” which he introduced in a speech at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice — commonly called the “Pound Revisited Conference.” The Conference was held April 7 to April 9, 1976, in St. Paul, Minnesota, at the very venue Harvard Law School Dean Roscoe Pound had delivered the original address on the “Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” 70 years earlier. I was fortunate enough to attend* (Ibid., 2012, p. 6).

disponível a população, além do tradicionalmente proposto pela Jurisdição, através de um Juiz ou Júri, formas alternativas de solução de disputas, em que o cidadão prejudicado fosse canalizado ao centro de triagem do Tribunal, e posteriormente, com o diagnóstico específico do conflito de interesses, submetido então a forma mais adequada de solução de conflitos, seja pela mediação, conciliação, arbitragem ou negociação (Cabral, 2021).

A Comissão que acompanhava os ideais da respectiva conferência, não aceitou a proposta inovadora apresentada por Frank Sander, de que os Tribunais deveriam ser o espaço físico (*locus*) apropriado para tal execução de práticas. Por outro lado, propuseram uma alternativa, um sistema autônomo de instituição denominado o “centro de justiça de bairro”⁵³, no intuito de implementar a visão do criador, para oferecer aos litigantes uma variedade de opções para a solução de conflitos (Johnson Jr., 2012, p. 7, tradução nossa)⁵⁴.

Como precursores das práticas, o Programa de Resolução de Disputas do Distrito de Columbia, no ano de 1985, iniciou os trabalhos, pautado em determinadas premissas relevantes em favor da influência positiva dos métodos adequados (Kessler; Finkelstein, 1988, p. 578). A primeira, o pontapé inaugural pelos Tribunais, um programa centrado e iniciado pelos Tribunais. A segunda, o envolvimento de órgãos externos, a exemplo a participação da American Bar Association (ABA), grupos e líderes comunitários em observar os planos e opinar acerca da sua proposta apresentada. Na terceira premissa, a participação de *experts* no que diz respeito a consultoria do planejamento dos programas, a exemplo, a participação de Linda Singer, Diretora Executiva do Centro de Solução de Controvérsias, ex-membro da ABA. Como quarta premissa, a ideia de que todo o novo programa Multiportas instalado, deva ser pelo modelo de experimento, com pequena escala de atividade, e na hipótese de êxito, a institucionalização do procedimento. Ao fim, uma forma gradativa de procedimentos, iniciando de situações menos complexas, a exemplo, pequenas causas, e reparação de danos de até \$ 2.000,00

⁵³ A iniciativa partiu do General Griffin Bell, então Presidente da Força-Tarefa de Acompanhamento da conferência, ao propor que a ABA (American Bar Association), em parceria com os Tribunais, desenvolvessem espaços (Centros), como projeto piloto das resoluções de disputas. Constatou-se ainda, com a criação dos espaços, a participação de voluntários como mediadores e conciliadores. Na medida que os serviços pilotos foram evoluindo, constatou-se 3 motivos relevantes para a implementação dos centros, quais sejam: a) redução do número de processos nos Tribunais; b) reduzir os custos processuais; c) aumentar o acesso à Justiça para pessoas de baixa renda (Ibid., 2012, p. 7).

⁵⁴ “(...) *The Pound Conference “Follow Up” Committee didn’t accept Sander’s notion that the public courts should be the locus for the several ADR mechanisms he proposed in his speech. Instead, they favored a free-standing institution — the “neighborhood justice center” — to implement Sander’s vision for offering disputants a “variety” of ADR options for resolving disputes* (Ibid., 2012, p. 6).

(dois mil dólares)⁵⁵, para então, se falar de causas com valores consideráveis (Kessler; Finkelstein, 1988, p. 579).

No Brasil, as formas alternativas de solução de disputas são deveras recentes, embora menciona-se de forma indireta de suas atividades⁵⁶, antes do advento expresso da Resolução n. 125 de 2010 do CNJ, o Código de Processo civil de 2015 e a Lei de Mediação.

Sob essa perspectiva de sistema multiportas no Brasil, destaca-se a Resolução n. 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, com a consequente consolidação das Emendas n. 01 de 2013⁵⁷ e n. 02 de 2016⁵⁸ (Marcassa Filho, 2021), que retificaram as disposições originárias da Resolução n. 125. Em complementação, as Resoluções n. 290 de 2019 (Conselho Nacional de Justiça, 2019d)⁵⁹, e n. 326 de

⁵⁵ Datado de 1985, fala-se como a primeira porta ou programa de resolução de disputas no sistema *Multi-door* norte americano, nas ações civis de até \$2.000,00 (dois mil dólares) em danos, contando com a participação de mediadores voluntários, dos quais citam-se advogados, donas de casa, professores, sociólogos, profissionais da saúde mental (Kessler; Finkelstein, 1988, p. 580). A parti daí, a mediação nas relações domésticas ou familiares, resolução acelerada de disputas civis, em causas destinadas a maior complexidade na esfera civil (1986), e o instituto da arbitragem obrigatória (1987) em causas reparatórias cíveis no valor de US\$ 50.000,00 ou menos (Kessler; Finkelstein, 1988) KESSLER, G; FINKELSTEIN, L. J. *The Evolution of a Multi-Door Courthouse*, v. 37, CATH. U. L. Rev. 577 (1988). Disponível em: <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol37/iss3/2/>. Acesso em 08 de jan. 2023

⁵⁶ A Lei 9.099 de 1995, que instituiu os Juizados Especiais cíveis e criminais, imprimiu uma iniciativa a conciliação, antes de qualquer submissão das partes ao efetivo *adversarial system*, nos termos do artigo 21 ao prescrever que “(...) Art. 21 Aberta a sessão” (Brasil, 2015). No ano seguinte, a Lei de arbitragem, como forma heterocompositiva de solução de conflitos, para tratar de solução de litígios referente a direitos disponíveis (patrimoniais) (Brasil, 1996).

⁵⁷ Alterou parcialmente as disposições da Resolução n. 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Emenda n. 1, de 31 de Janeiro de 2013.** Altera os arts. 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 13, 15, 16, 18 e os Anexos I, II, III e IV da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.ipmec.com.br/emenda1_2013.pdf. Acesso em 09 jan. 2024).

⁵⁸ Respectiva normativa, altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, disciplinando no parágrafo único do artigo 1º, a incumbência dos Jurisdicionados, de primar pelas formas consensuais de solução de conflitos (mediação e conciliação), bem como prestar atendimento ao cidadão, antes de qualquer solução adjudicada via sentença. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Emenda 2, de 8 de março de 2016. Altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/f56c77e677e9371b65042646f4f7c06c.pdf>. Acesso em 09 jan. 2024).

⁵⁹ A normativa passou a estabelecer critérios de aferição de produtividade, aos servidores responsáveis pelas atividades nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 290 de 13 de agosto de 2019.** (Publicada DJ-e/CNJ n. 167/2019 em 16/08/2019). Brasília: 2019d. Altera a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, para estabelecer critério de aferição da produtividade decorrente da atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2979>. Acesso em 09

2020⁶⁰ (Conselho Nacional de Justiça, 2020f), que buscaram tratar de formas consensuais de solução de conflitos (mediação e conciliação), demonstrando, portanto, a preocupação do legislador com o sistema multiportas antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 2015 (Marcassa Filho, 2021).

Dessa forma, a perspectiva da Resolução e da introdução do sistema multiportas de forma expressa em nossa legislação era de se levar em consideração, o papel do Poder Judiciário de garantidor do Acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito, de forma a cumprir o propósito de distribuidor da Justiça, através de formas diversas da heterocomposição, nela inclusa, a formas extrajudiciais de solução de conflitos privadas (Cahali, 2022).

Portanto, mudar a cultura da litigância, para uma cultura de pacificação, requer dos atores envolvidos, e, quando digo atores não restrinjo somente as partes, mas ao Judiciário, seus colaboradores e a sociedade, o resgate ao diálogo, a plena escuta, facilitação na comunicação, técnicas extremamente proveitosas para o restabelecimento do equilíbrio dos vínculos pessoais e de forma reflexa, os patrimoniais (Cahali, 2022).

A partir da implementação do tribunal multiportas, é indispensável discorrer no presente tópico, o processo de evolução de uma forma adequada de solução de conflitos clássica, pela mediação, conciliação e arbitragem, para os novos rumos das ODRS, quais sejam, nos processos de solução adequada de conflitos *on line*.

Isso porque, nos dizeres de Schwab (2016), se está diante de uma quarta revolução industrial, ou revolução digital. Argumenta-se seu início na virada do século XXI e pormenorizada “(...) por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornam mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)” (Schwab, 2016, p. 16).

Para Schwab (2016), o surgimento da quarta revolução industrial não se deve exclusivamente a evolução digital, mas as fusão e interação das tecnologias sob categorias físicas, digitais e

jan. 2024).

⁶⁰ Altera nas disposições do artigo 28, a Resolução n. 125 de 2010, especificando a necessidade de capacitação de mediadores e conciliadores, criação do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, dentre outras providências (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 326, de 26 de junho de 2020.** Brasília: 2020f. Dispõe sobre alterações formais nos textos das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original203228202006305efba15c2a6cd.pdf>. Acesso em 09 jan. 2024).

biológicas⁶¹. Respectiva revolução demonstra preocupações, no que diz respeito as desigualdades (Schwab, 2016). Pontos positivos se apresentam, notadamente aos consumidores, em razão da ampla oferta de produtos, concorrência e possibilidade de escolha, e, por outro lado, o aumento da desigualdade e concentração de riquezas a uma ínfima parcela da população, o resultado de uma escala de fornecedores de produtos (em distribuição *on line* – maciça), em detrimento de uma população na maioria, com dificuldades de ver crescer o seu rendimento e de seus filhos no futuro (Schwab, 2016).

A partir desse propósito, retoma-se a discussão das formas consensuais de solução de conflitos, e o correlato processo de evolução, fruto da transformação de uma sociedade disruptiva, que se adapta e convive diariamente com as mudanças.

Nesse aspecto, de relações sociais (pessoais e patrimoniais) conflitantes, até então submetidas a técnicas de solução de conflitos presenciais, pelo formato multiportas, fala-se na realidade, de sistemas de solução de conflitos online (*On line Dispute Resolutions - ODRs*)⁶², a verdadeira união entre a tecnologia da informação e os meios adequados de resolução de conflitos (Becker; Feigelson, 2022).

⁶¹ Para a categoria física, o autor exemplifica evoluções tangíveis, como os veículos autônomos, a impressão em 3D, robótica avançada. No plano categórico digital, cita-se a relação entre pessoas e coisas pela deominada *internet* das coisas (coisificação), *smartphones*, *tablets*, o *blockchain* (representado pelo *bitcoin*). Ao fim, no plano biológico, a facilitação do sequençamento genético, para efeito da descoberta de tratamento de doenças (Schwab, op. cit., p. 25/29).

⁶² A ODR surgiu pela primeira vez da necessidade de construir confiança no ambiente virtual, com vias a melhora no comércio eletrônico, fruto do preenchimento de uma lacuna em relação ao acesso à justiça nas relações comerciais que se desenvolviam no ciberspaço entre pessoas separadas geograficamente. Considerado os custos elevados e a complexidade que geraria o acesso aos Tribunais para as partes em atividade transfronteiriça, decorrente de pequenos litígios, significa que não restará outra alternativa (Suriani, 2020, tradução nossa). Nesse sentido, a integralidade do texto: “(...) *ODR first emerged from the need for building trust in virtual environment to enhance e-commerce. It was developed to fill an access to justice gap on commercial relations that took place in cyberspace among people geographically separated. Considering the excessive costs and complexity that it would generate to access courts for parties in cross-border activities involving small disputes, means that they simply won't have any other alternative to address their conflicts.* (SURIANI, F. M. F. *Access to justice and Consumidor.gov case*. In: WOLKART, E. N. [et. al.] (Coord). **Direito, processo e tecnologia** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Acesso restrito via <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/235813054/v1/page/RB-11.2>).

Sustenta-se o início das ODRs, com as atividades precursoras dos professores Ethan Katsh⁶³ e Janet Rifkin⁶⁴, titulares da Universidade de Massachusetts, que buscaram através de um projeto piloto, incentivar a tecnologia no processo de gestão de conflitos (Becker; Feigelson, 2022).

Na oportunidade, os professores desenvolveram pesquisas através de um projeto piloto, em parceria com o *eBay*⁶⁵, até então, o maior site de leilões *on line* da internet, projeto conduzido no final da década de 90 (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000). Como objetivo, a inclusão de um mediador *on line*, nas resoluções de disputas não presenciais, em contendas materializadas entre compradores e vendedores virtuais, vinculados ao site da empresa referida (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000). Em suma, buscar a satisfação dos envolvidos em um curto prazo, mas como pano de fundo, entender as motivações do conflito, e a partir dos motivos, entender os ruidos que afetavam a tomada de decisão das partes, considerando pertinente ainda, dentre o ciberespaço e a atividade interna das ODRs, qual delas precisariam de mais atenção (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000, p. 707)⁶⁶.

⁶³ Professor graduado pela Yale Law School, emérito de Estudos Jurídicos na Universidade de Massachusetts (Amherst), autor de livros sobre direito e tecnologia, e coautor com a professora Rifkin sobre a Resolução de Disputas *on line*: resolvendo conflitos no Ciberespaço, e artigos relevantes publicados na Yale Law Jornal, na University of Chicago Legal, professor envolvido desde o ano de 1996 nas questões vinculadas a resolução de disputas no mundo virtual. No ano de 1997, com o apoio da Fundação Hewlett, na companhia do professor Rifkin, fundaram o Centro de Tecnologia da Informação e Resolução de Disputas na Universidade de Massachusetts (UNIVERSITY OF MASSACHUSETTS AMHERST). College of Social & Behavioral Sciences: Department of Political Science. People. Ethan Katsh. Bio. Disponível em: <https://polsci.umass.edu/people/ethan-katsh>. Acesso em 10 jan. 2024).

⁶⁴ Professora graduada pela Sarah Lawrence College (Faculdade de Direito de Nova York), emérita de Estudos Jurídicos na Universidade de Massachusetts (Amherst), atuou entre 1992 a 1996 como Diretora do Projeto de Mediação da Universidade de Massachusetts. Ela faz parte do conselho editorial do *Mediation Quarterly* e do *Ohio State Journal of Dispute Resolution*. É cofundadora da Associação Nacional de Mediação na Educação (NAME), conselheira do Comitê de Resolução de Disputas da American Bar Association e membro do conselho da Associação Nacional de Justiça Comunitária (UNIVERSITY OF MASSACHUSETTS AMHERST). College of Social & Behavioral Sciences: Department of Political Science. People. Janet Rifkin. Bio. Disponível em: <https://polsci.umass.edu/people/janet-rifkin>. Acesso em 10 jan. 2024).

⁶⁵ Destaca-se a empresa *eBay* como parceira, contudo, o primeiro contato com os professores, se deu por intermédio da empresa Up4Sale, considerando que a primeira empresa, havia adquirido há alguns meses atrás (anteriores a dezembro de 1998) a segunda empresa. Link para início do projeto se deu por intermédio da *Up4Sale*, com a expansão no mês de fevereiro de 1999 para o *eBay* em razão do volume de negócios desta empresa (KATSH, E.; RIFKIN, J.; GAITENBY, A. E-commerce, e-disputes and e-dispute resolution: In the shadow of "eBay law". **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Ohio, v. 15, n. 3, p.705-734, set. 2000. Disponível em: <http://www.umass.edu/cyber/katsh.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024).

⁶⁶ Nesse sentido, a descrição do texto: "(...) Our main goal was to ascertain how effective an online mediator could be when interaction occurred without face-to-face meetings. Yet we also recognized that however successful or unsuccessful we were in this process, this

A partir de tais premissas, importa ilustrar que os precursores utilizaram tão somente, o e-mail como forma de integração entre as partes (vendedor e comprador), haja vista que a empresa *eBay*, se destinava tão somente para hospedar as negociatas entre as partes, e diante disso, cobrava uma taxa para o entremeio das tratativas (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000). A técnica precursora foi a mediação, oportunidade em que, o mediador após receber a reclamação por e-mail de uma das partes (na grande maioria os compradores), enviava e-mail a outra parte, buscando identificar através de diálogo *on line*, interesses primários e subjacentes do conflito instaurado (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000).

Como resultado da pesquisa, a título estatístico, de um total inicial de 225 reclamações recebidas (144 mediações foram efetivamente realizadas), aproximadamente 46% das mediações iniciadas e concluídas foram exitosas, considerando a estimativa inicial do projeto no patamar de 50% (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000, p. 711). Na demonstração da pesquisa, observou-se que a grande porção reclamante era de subjetividade dos compradores, em razão da incerteza de entrega dos produtos que permeava nas reclamações (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000).

Indispensável apresentar como resultados à época, em que pese o esforço de um mediador para dirimir o conflito de forma não presencial, a sugestão na época, se apresentava pelo aprimoramento de software, com recursos capazes de oferecer suporte aos mediadores, de forma a criar um ambiente mais comunicativo, de maneira que mediadores e partes, trabalhem de forma simultânea em termos de comunicação (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000). Outra sugestão ilustrada, quase 25 anos atrás, e utilizada a partir do advento da pandemia do Coronavírus na atualidade, foi pela adoção de teleconferências presenciais, para que mediador e partes, pudessem se conhecer, e permitir a possibilidade de incremento das ferramentas e técnicas do mediador (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000)⁶⁷.

would be only the first in many efforts to find appropriate tools and resources for confronting large-scale online conflict. While our short-term aim was to bring satisfaction to those involved in disputed transactions, we also were interested in understanding the background forces affecting the disputes and the disputants, to see what sets of pressures were at work that affected the behavior and decisionmaking of the parties, and to consider whether it was the qualities of particular online institutions where the disputes occurred or cyberspace at large that might need most of our attention as we designed further projects (Ibid., 2020, p. 707).

⁶⁷ Os autores enfatizavam que a videoconferência na época, não se considerava uma ferramenta acessível, porém, plenamente pensada como alternativa positiva para o futuro, situação que permitiria a abertura de portas em favor do aprimoramento de técnicas em prol do mediador e das partes (). Nesse sentido, colaciona-se o texto: (...) *Video conferencing, although currently not a practical alternative for many and not yet a perfected alternative, may indeed be employed usefully in the future. Video conferencing*

O grande dilema em relação as ODRs, posto em discussão pelos autores, dizia respeito à soberania no ciberespaço, ou, a forma de se compreender, a quem pertenceria na condição de Estado, o poder de regular os conflitos *on line* apresentados como disputas em mercados digitais? Para os autores, vários são os motivos que justifiquem o ciberespaço como forma alternativa de solução de disputas. A primeira delas, custo e tempo, ao trocar o físico (tijolos), por átomos, representando a redução de custos em todas as especificidades, e velocidade principalmente (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000, p. 727). Em segundo lugar, a automatização dos instrumentos, através de provedores de solução de disputas, o que provocaria uma economia em larga escala. Terceiro, a utilização de instrumentos técnicos (humano, material), importado e com a melhor especificidade possível, do lugar do mundo que se possa imaginar (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000).

Ao fim, é dizer que o grande poder vinculado a ideia de jurisdição e soberania ciberespaço, como forma de atribuição da credibilidade nas formas consensuais de solução de conflitos *on line*, é o fato da permanência das relações de transação vinculadas ao sistema. Isso quer dizer, que a credibilidade disposta como características inerentes as pessoas de comprador e vendedor em transações digitais, demonstrarão a possibilidade de deixá-las vinculadas aos ciberespaços. A quebra de credibilidade, excluirá, por óbvio, qualquer pessoa física ou jurídica de um espaço *on line*, quando mal avaliada pelos consumidores e colegas fornecedores. Tal situação, a exemplo do *eBay*, permite concluir, que àqueles que não se sujeitarem a métodos autocompositivos em determinado conflito no ciberespaço, na hipótese de reiteradas ocorrências, serão banidos por certo, pelos próprios frequentadores do sistema, o que é denominado pelos autores como Lei ou processo legal do *eBay*⁶⁸ (Katsh; Rifkin; Gaitenby, 2000, p. 729).

No Brasil, o destaque em relação a prática de ODR de sucesso, se manifesta com a empresa Mercado Livre, responsável por 98,9% da desjudicialização de conflitos pelo sistema *e-commerce*, desenvolvida

is not, however, likely to be a panacea and a perfect substitute for face-to-face meetings. More importantly, even if it were possible to recreate much of the richness of the physical encounter, the online environment holds open the possibility of providing tools that may enrich the mediator's toolset beyond what is employed offline. It is in the design of such software, used either in online or offline dispute resolution, that the network's long term potential lies (Ibid., 2020, p. 726).

⁶⁸ Nesse aspecto, o *eBay* resolve mais de 60 milhões de disputas de comércio eletrônico por ano, com rendimento de 90% dos acordos realizados, na medida em que, a grande preocupação, é a de buscar o consumidor antes mesmo do conflito eclodir (WOLKART, E. N. **Análise econômica do processo civil** [livro eletrônico]: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Acesso restrito via <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/174115839/v2/page/RB-11.3>).

pela técnica intitulada “Compra Garantida” (Becker; Feigelson, 2022). Respectiva plataforma conta com um programa de proteção ao consumidor, permitindo ao comprador que não recebeu o produto, o direito de receber os valores no todo ou em parte, obedecido determinados critérios, a exemplo, o preço do produto e o cumprimento de condições estabelecidas pelo programa, além de permitir a análise de reputação de seus usuários, como forma de aferir a credibilidade no sistema de comércio eletrônico, facilitando ainda mais o êxito na negociação e resolução das disputas (Marques, 2019, p. 12).

Em que pese a realidade de determinados argumentos negativos pelo uso das plataformas *on line* de resolução de disputas, seja pela falta de conhecimento sobre o método e o real alcance de seus benefícios, atrelado a mentalidade antiquada da comunidade jurídica (Becker; Maia, 2018), é importante a defesa em favor do uso de tais instrumentos. Em destaque: a) pela preocupação de se evitar a insatisfação do usuário para o conflito, a partir de informações iniciais; b) a busca pelos usuários quanto a reputação nas plataformas; c) o elevado número de dados relativos aos conflitos, ocasião em que as empresas detentoras de plataformas poderão antever seus conflitos; d) a efetividade nos acordos e nas tomadas decisões, situação que reflete de forma positiva para as partes, para os detentores de plataforma, e porque não dizer, a sociedade que poderá se valer da ferramenta no futuro (Marques, 2019, p. 11).

Em conclusão, toda e qualquer espécie de técnica (presencial/*on line*), que se introduza como forma alternativa de resolução de disputas, será sempre acolhida como forma de alcance a ordem jurídica justa.

É preciso que se esclareça que a forma de solução adjudicada por intermédio da sentença não se considera prática descartada, a partir do uso de métodos adequados de solução de conflitos. Pelo contrário, está o Poder Judiciário, em uma situação, de apreciar os conflitos, quando estes, não se tornarem resolvidos de forma eficaz pela via pré-processual, ou até mesmo processual, porventura o direito de ação tenha se tornado manifesto.

Nesse contexto, não se quer defender a diminuição ou a exclusão de uma soberania estatal, em virtude de mecanismos de solução de disputas extrajudicial. A finalidade, é permitir um procedimento de filtragem, de maneira a submeter ao crivo do Judiciário, os embates que realmente importem a apreciação do poder estatal. É preciso lembrar, que até mesmo a resolução de disputas na esfera extrajudicial, está sujeita a apreciação do Poder Judiciário, na hipótese de vícios do negócio jurídico, e até mesmo de eventual

descumprimento das tratativas previamente elaboradas no processo negocial.

Portanto, a defesa das ADRs, e da constante evolução para as ODRs é justamente em prol do alcance da propagada ordem jurídica justa, de forma a consolidar a desjudicialização, reduzir o excesso de litigiosidades, e, principalmente tornar o papel do Judiciário, mais preciso e técnico em razão da melhor distribuição de processos, em relação ao número de jurisdicionados existentes, minimizando ou até excluindo, os efeitos da

2

CONTRATOS DE FRANQUIA: O FUNDAMENTO TEÓRICO E AS PERSPECTIVAS PRINCIPIOLÓGICAS NO FORMATO DA CONTRATAÇÃO

Percorrido o apanhado prefacial da desjudicialização, como justificativa teórica para a defesa da proposta da tese em apreço, pretende-se no presente capítulo, discorrer aportes teóricos sobre os fundamentos históricos e os elementos formais presentes na franquia, com relevância nos princípios fundamentais na seara do direito dos contratos.

Nesse sentido, abordar-se-á o instituto da franquia sob uma concepção histórica de instituto, destacando a etimologia do termo, e a utilização da expressão franquia na presente tese, tendo em vista a necessidade de se reforçar os aportes terminológicos utilizados pelo legislador. A expressão franquia, conforme far-se-á menção adiante, será a terminologia utilizada no trabalho por duas justificativas claras: o fato de se situar em terras brasileiras; e, para se amoldar ao termo utilizado pela legislação nacional.

Com o decorrer do embasamento histórico do contrato de franquia, perpassando da origem em terras estrangeiras, até o desenvolvimento do instituto no Brasil, pretende-se discorrer acerca do conceito e da natureza jurídica do contrato de franquia, como fundamento de um contrato de colaboração entre franqueador e franqueado.

No percurso do desenvolvimento do presente capítulo, adiante, tratar-se-á da importância do estudo principiológico atinente aos contratos, com ênfase nos princípios aplicáveis aos contratos de franquia, buscando, portanto, a justificativa da proposta da presente tese, através do arcabouço dos respectivos princípios.

Em destaque, uma abordagem principiológica em relação a autonomia da vontade e a liberdade contratual, como suporte fundamental na teoria dos contratos. No mesmo raciocínio, para reforçar a ideia da autonomia da vontade das partes em matéria de contratos, o fortalecimento da prática da negociação prévia nos contratos de franquia, sob o fundamento do autorregramento da vontade no direito material, sob o viés clássico da teoria de Pontes de Miranda, e mais, o permissivo da negociação em matéria processual, embasado neste mesmo princípio.

Por derradeiro, no sentido de estabelecer determinadas amarras entre os princípios, como fundamento estrutural para aplicação da proposta da tese, abordar-se-á acerca do princípio da liberdade contratual e a respectiva relação com a justiça contratual, expressão máxima do princípio da função social dos contratos.

A partir da necessidade de se correlacionar a liberdade contratual de forma paritária entre os contratantes, objetiva-se analisar a função social dos contratos, como forma de resultado dos efeitos dos contratos, notadamente nos contratos de franquia, com reflexos internos aos contratantes, mas também, com efeitos positivos a terceiros que (in)diretamente se interrelacionam no processo dos contratos, desde a confecção até a respectiva execução, classificando uma evolução da resposta individualista, para uma resposta solidária funcional dos contratos.

Da mesma forma que nos escritos anteriores, o método dedutivo é parte integrante do capítulo, na medida em que, parte-se de uma análise universal do contrato de franquia, para justificar a opção pela espécie contratual (contrato de colaboração), como lógica dedutiva, de aplicação da negociação prévia.

Ademais, a premissa lógico dedutiva, de aplicação dos princípios da liberdade contratual, autonomia da vontade e autorregramento, para efeito de concluir a dedução específica da prevalência dos pactos (negociação prévia), como fonte do direito, com força vinculante, inobstante quaisquer forças imperativas terceiras.

2.1 | O CONTRATO DE FRANQUIA EM SUA FASE HISTÓRICA

Preliminarmente, a etimologia da palavra *franchise* advém do verbo francês *franchir*, ambas expressões que tem por significado análogo a palavra libertar, termo usado ao presente contexto para efeito de ressignificar uma prática de atividade empresarial com

ausência de submissão ou constrangimento (Hall; Dixon, 1990, p. 14)⁶⁹.

A ilustração histórica quanto ao surgimento do contrato de franquia⁷⁰ se justifica por indispensável, como forma de avaliar a importância do crescimento e a correlata evolução desta prática empresarial, para efeito de reforçar, o porquê da escolha da pesquisa em relação a respectiva especificidade contratual em questão.

Indispensável que se esclareça, que determinados posicionamentos doutrinários apontam para a impossibilidade de estabelecer identidade entre a franquia e determinados institutos de natureza mercantil do Estado Romano (Silva, 2007). Contudo, guardam-se proximidades enquanto práticas comerciais, para efeito de introdução do instituto no contexto de atividade econômica histórica (Silva, 2007).

Com efeito, atribui-se o surgimento na subjetividade dos denominados publicanos, cidadãos civis do Estado Romano, responsáveis por competência delegada do Estado, para arrecadação de tributos, bem como, para exploração de contratos terceiros vinculados a administração pública (Silva, 2007). Trata-se de exemplo, ainda que rudimentar, de concessão de poderes contratuais, do Estado em favor de cidadãos civis, para efeito de fiscalização e

⁶⁹ Em complemento (Cretella Neto, 2002, p. 15), no vocábulo do inglês arcaico *franch*, por raiz do termo francês *franc* que derivam as expressões *francher* e o substantivo *franchisage*, com o sentido original do verbo *francher*, (emancipar/liberar), grafia atual intitulada *affranchir* (outorga, privilégio, concessão) (CRETELLA NETO, J. **Do contrato internacional de franchising**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002).

⁷⁰ No desenvolvimento da presente tese, pretende-se utilizar com prioridade, a expressão franquia em língua portuguesa, pela razão de sua presença expressa em texto de Lei. Aplicar-se-á, portanto, em substituição a expressão originária do direito norte americano *franchising*, em que pese, grande parte da doutrina, e a ampla popularização utilize a expressão em língua inglesa, a exemplo, o professor Orlando Gomes (2001, p. 467) fazer menção da nomenclatura como inexpressiva, além dos posicionamentos de Cherto; Rizzo (1995); Simão Filho (1993); Diniz (2003) e; Lobo (1994). Em que pese as divergências doutrinárias, indispensável se reportar a outro posicionamento doutrinário (Fernandes, 2003, p. 26), quando esclarece que o termo *franchising* tem por significado um sistema, uma técnica empresarial, um conceito de expansão comercial e industrial, na concepção do direito material. Portanto, não há que se falar em contrato de *franchising*, uma vez que, o instrumento pelo qual as partes se vinculam é denominado *franchise* - contrato de *franchise*, com a possibilidade de qualificar o ponto de venda ou a unidade como tal. Portanto, o termo mais apropriado seria franquia empresarial, por ser mais abrangente e envolver qualquer tipo de franquia, de maneira que a própria expressão franquia por ser genérica é plenamente aceita (FERNANDES, M. C. P. **O contrato de franquia empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003). Inobstante todas as hipóteses de terminologia da expressão, o termo franquia tem sido plenamente aceito (Bulgarelli, 1997, p. 522) (BULGARELLI, W. **Contratos Mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997), tanto é, que a legislação atual (Lei n. 13.966 de 26 de dezembro de 2019) denomina o sistema de franquia empresarial, nas alterações da Lei 8.955 de 1994) (Brasil, 2019).

exploração econômica em relação a coletividade do Estado Romano.

Em contrapartida, a expressão contratual e prática correlata, conforme se vislumbra na atualidade, guarda características e efeitos jurídicos distintos⁷¹, e porque não dizer evoluídos, dado o contexto da contemporaneidade de negócios empresariais desenvolvidos. Portanto, fazer menção a franquia no conceito moderno, é se reportar a históricos não muito distantes (Passeiro, 2011).

Em que pese os posicionamentos opostos, a doutrina norte americana se reporta ao surgimento da franquia, em definição legal na idade média, como um direito classificado por infinito, disponibilizado a qualquer pessoa, com liberdade para qualquer membro de uma corporação (Killion, 2013). Franquear o direito aos súditos, era uma concessão real, a exemplo, de estar fraqueado para se ter uma feira, um mercado, de cobrar pedágio pelo uso de locais públicos (estradas, pontes, cais), o direito a caça, pesca, todos intitulados como direitos da realeza (Killion 2013, p. 6, tradução nossa)⁷².

Demonstra-se como complementação, a origem da franquia empresarial no século XVII nos Estados Unidos, quando da expansão britânica na América do Norte (Gurnick, 2021)⁷³. Os elementos utilizados na franquia, presentes em determinada relação comercial, foram visualizados quando um grupo de aproximadamente 100 colonizadores britânicos firmaram um assentamento em 1607 na localidade de Jamestown (Gurnick, 2021, p. 633)⁷⁴.

⁷¹ Para Andrade (1998, p. 14), respectiva atividade desenvolvida na Roma antiga era uma atividade rudimentar, longe de ser como é a franquia na atualidade, não podendo equipará-la a fonte do contrato de franquia, mesmo quando mais adiante, a atividade passou a ser usada por mascates ou mercadores (ANDRADE, J. P. **Contratos de franquia e leasing**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998).

⁷² Nessa concepção, a extração literal do texto: “(...) *The right of a number of persons to incorporate was a franchise, and each member of the corporation had a franchise or freedom. Franchises issued by the king to his subjects included the right to have a fair or market; the right to charge a toll for the use of public places such as roads, bridges, and wharfs; and the right “to have a forest, chase, park, warren, or fishery, endowed with the privileges of royalty”* (KILLION, W. L. *The History of Franchising*. In: MEIKLEJOHN, A. M. (Lead Editor). *Franchising: cases, materials, & problems*. EUA: American Bar Association, 2013. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba-cms-dotorg/products/inv/book/215742/Chapter%201.pdf>. Acesso em 15 jan. 2024).

⁷³ Nesse sentido, a literalidade da doutrina: “(...) However, evidence from historic documents suggests that elements of modern business franchising were present at the origins of British expansion to America. All the elements that, when present today in a business relationship, make that business a franchise, were present when about 100 colonists arrived in 1607 in Jamestown (GURNICK, D. *The first franchise, Franchise Law Journal*, v. 40, n. 4, 2021, p. 631-646. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/franchising_law_journal/spring21/franchiselaw-spring21.pdf. Acesso em 14 jan. 2024).

⁷⁴ De acordo com a *National Park Service*, Agência do Governo Federal dos Estados Unidos, vinculada ao Departamento do interior, responsável pela gestão de parques, noticia-se a localidade de Jamestown (atual Estado da Virgínia) agradável e

Sob a forma de franquia, através da liberalidade da abertura de mercados, os franqueados, denominados de colonizadores, ora obtiveram êxito na respectiva colonização, a exemplo, Província de Nova York, Nova Jersey, Massachusetts, Pensilvânia, ora restaram enfraquecidos, provenientes da fome, doença, falta de reabastecimento de mantimentos (Gurnick, 2021). Ademais, as colônias⁷⁵, como franqueadas, ficaram insatisfeitas em razão do alto valor cobrado de impostos pelo Franqueador (Império Britânico), de maneira que, havia uma ausência de contraprestação da coroa britânica, ante o pagamento dos impostos pelos colonizadores franqueados (Gurnick, 2021). Por tal irresignação, as colônias firmaram o compromisso de abertura de uma associação, o que originou a criação dos Estados Unidos da América (Gurnick, 2021, p. 634).

A ideologia da franquia como um acordo de outorga de privilégios, liberalidade, concessões entre entes privados, ou originariamente, uma concessão por parte do ente público ou soberano é ilustrada por Killion (2013), notadamente ao se reportar as decisões da Suprema Corte, em especial, no caso *California v. Central Pacific R. Co.* (127 U.S.), decisão datada de 30 de abril de 1888⁷⁶

estrategicamente boa para os colonizadores, tratando-se, portanto, o primeiro, nome concedido em homenagem ao Rei Jaime I, o primeiro assentamento inglês permanente na América do Norte (UNITED STATES OF AMERICA. U. S. Department of the Interior. National Park Service. **Historic Jamestowne**. Part of Colonial Historical Park Virginia. Disponível em: <https://www.nps.gov/jame/learn/historyculture/a-short-history-of-jamestown.htm>. Acesso em 16 jan. 2024).

⁷⁵ Para Gurick (2021, p. 635), as colônias em sua maioria, caracterizavam-se por empreendimentos comerciais gestionados ora pela Coroa Britânica, ora por empresários ingleses. Dentre os privilégios destinados aos colonizadores (cavaleiros, mercadores e aventureiros de Londres), a divisão territorial expedida pela Carta da Virgínia concedia, o direito a exploração do ouro, prata e cobre, o percepimento de *royalties* incidentes sob o proporcional ao todo explorado (20% para o ouro e prata e 6,7% para o cobre), e, ainda, direito de fabricar moedas, a chamada relação comercial contínua e não acidental (Gurick, op. cit, p. 635/639).

⁷⁶ A decisão histórica, buscou dirimir se as concessões/liberalidades/outorga concedidas pelos Estados Unidos a entes privados, no caso, a empresa *Central Pacific R. Co.*, para fins de construção de ferrovias, poderiam ser objeto de tributação pelo Estado da Califórnia. Oportunamente, descrições do julgado deixam clarividente, que a franquia (aqui dito como concessão de direitos/privilégios), concedidas pelo Congresso (a nível federal), não podem ser objeto de tributação pelos Estados (ao presente caso, o Estado da Califórnia). Em suma, concluiu que o Conselho estadual de fiscalização do Estado da Califórnia, ao efetuar respectiva avaliação incidente sobre as atividades realizadas pela empresa *Central Pacific R. Co.*, abarcou a integralidade de franquias (concessões/privilégios) em que o conselho estava proibido de tributar, de forma que, as avaliações são nulas pela integralidade, e portanto, incabível a incidência tributária, diante da franquia concedida pelos Estados Unidos da América. Nesse sentido, a conclusão: (...) *It follows that in each one of the now before us, the assessment made by the State Board of Equalization comprised the value of franchises or property which the board was prohibited by the constitution of the state from including therein, and that these values are so blended with the other items of which the assessment is composed that they cannot be separated therefrom. The assessments are therefore void. This renders it*

(Killion, 2013). Para tal resposta, a jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana à época, tipificou a franquia como um direito ou privilégio que não deve ser exercido por particulares pela autonomia da vontade, mas reservado ao controle da administração pública, seja pelo governo ou por intermédio de agentes públicos, mediante ato legal determinado pelo Estado em favor do interesse público e da segurança pública (United States of America, 1888). Nesse contexto, nenhum ente privado, qualquer que seja, poderia construir uma ferrovia/rodovia, cobrar pedágios pelo uso das mesmas, sem o crivo da autoridade legislativa (in)direta. Em resumo, a liberdade de concessão pelo Estado não poderia ser apropriada pelo particular, mesmo para uso público, sem a devida autorização, o que equivale dizer que respectivo direito dominial somente poderia ser exercido em virtude de Lei que a garantisse⁷⁷ (United States of America, 1888).

Em complemento ao posicionamento jurisprudencial da Corte Norte Americana, é conveniente expressar, que o surgimento do instituto da franquia se validou de forma clássica nos seguintes fatos:

A verdade é que o franchising (como relação entre dois indivíduos e não entre o Poder Público ou a Igreja, de um lado, e um indivíduo, do outro), teve o seu início no século passado, nos Estados Unidos, antes da Guerra Civil Americana, exatamente por volta do ano de 1850, quando a Singer Sewing Machine Company com sede em Stamford, Connecticut, decidiu conceder franquias a comerciantes independentes interessados na comercialização de seus produtos, continuando a utilizar esse sistema até hoje. Estes comerciantes foram autorizados a comercializar produtos Singer e a utilizar esta marca, no âmbito dessa atividade de comercialização (Cherto; Rizzo, 1995, p. 17, tradução nossa).

Com efeito, afirma-se que as origens da franquia reportam aos

unnecessary to express any opinion on the application of the Fourteenth Amendment, as the result would not be different whatever view we might take on that subject. (UNITED STATES OF AMERICA. U. S. Supreme Court. **California v. Central Pacific R. Co., 127 U. S. 1 (1888).** Decided April 30, 1888. Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/127/1/>. Acesso em 16 jan. 2024).

⁷⁷ Nesse sentido, a integralidade do texto: “(...) Generalized, and divested of the special form which it assumes under a monarchical government based on feudal traditions, a franchise is a right, privilege, or power of public concern, which ought not to be exercised by private individuals at their mere will and pleasure, but should be reserved for public control and administration, either by the government directly, or by public agents, acting under such conditions and regulations as the government may impose in the public interest, and for the public security. Such rights and powers must exist under every form of society. They are always educated by the laws and customs of the community. Under our system, their existence and disposal are under the control of the legislative department of the government, and they cannot be assumed or exercised without legislative authority. No private person can establish a public highway or a public ferry or railroad, or charge tolls for the use of the same without authority from the legislature, direct or derived. These are franchises. No private person can take another's property, even for a public use, without such authority, which is the same as to say that the right of eminent domain can only be exercised by virtue of a legislative grant” (Ibid, 1888, p. 45).

Estados Unidos, na década compreendida entre os anos de 1850-1860⁷⁸, em que a empresa *Singer Sewing Machine Company*⁷⁹, no intuito de ampliar suas atividades no mercado varejista, concede outorga da produção a determinados comerciantes (Diniz, 2003). A partir de então, iniciam a comercialização dos produtos, intitulando as lojas sob a nomenclatura *Singer*, com o dever de arcar com despesas e riscos da atividade econômica (Diniz, 2003, p. 48)⁸⁰.

Defende-se em complemento, a aplicação do sistema da forma como é atualmente reconhecido, após a Segunda Guerra Mundial, ocasião em que, um número satisfatório de ex-combatentes, quando do retorno aos Estados Unidos, não dispunham de qualquer forma de renda econômica para efeito de sobrevivência (Simão Filho, 1993, p. 18).

Diante de tal situação, a saída para a solução turbulenta vivenciada por parcela da população norte americana, era utilizar o sistema de franquia como forma de viabilizar o acesso dos ex-combatentes e de qualquer cidadão civil, ao sistema denominado *Business Format Franchising* (Simão Filho, 1993). Com a possibilidade de adesão imediata por parte da população, a grande vantagem se devia ao fato de no início das atividades, inobstante qualquer

⁷⁸ Por volta de 1840, noticia-se uma expansão considerável dos mercados americanos, o que motivou a criação de uma figura intermediária entre o fabricante e o usuário final, nele intitulado agente independente (Killion, 2013, p. 7). Como regra, o agente distribuía produtos de vários fabricantes, contudo a partir de 1830, criou-se a figura do agente exclusivo, voltado a distribuição de produtos de apenas um fabricante. Com a perda da liberdade dos agentes em relação a venda de outros produtos proveniente da exclusividade, ocorre a mutação da figura do agente, para as pessoas de franqueador e franqueado, ocasião em que, a partir de 1850, a rede de agentes e serviços *Singer Sewing Machine Company* se revela como um dos primeiros fabricantes a utilizar uma forma de modelo de franquia para distribuição de seus produtos, seguido da fabricante de implementos agrícolas *McCormick Machine Harvesting Company* (KILLION, W. L. **The History of Franchising**. In: MEIKLEJOHN, A. M. (Lead Editor). *Franchising: cases, materials, & problems*. EUA: American Bar Association, 2013. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba-cms-dotorg/products/inv/book/215742/Chapter%201.pdf>. Acesso em 15 jan. 2024).

⁷⁹ A empresa *McCormick Harvesting Machine Company* introduziu nos moldes da *Singer*, na mesma época, a venda de seus produtos (implementos agrícolas), por meio de agentes de vendas, expandindo filiais nos Estados Unidos e Canadá, ao sistematizar os procedimentos de vendas de seus agentes, através das chamadas concessionárias (LAFONTAINE, F.; BLAIR R. D. *The Evolution of Franchising and Franchise Contracts: Evidence from the United States*, **Entrepreneurial Business Law Journal**, v. 3, p. 381-434, 2009. Disponível em: <https://kb.osu.edu/collections/641e6ff9-1069-594f-8c03-b81aef07adfb>. Acesso em 15 jan. 2024).

⁸⁰ Complementa Bertoldi (2003, p. 465), que a forma de expandir os negócios pela empresa *Singer Sewing Machine*, se deu através do credenciamento de agentes diversos em vários locais dos Estados Unidos através da cessão/utilização da marca, publicidade, técnica de vendas, Know-how, bem como o fornecimento dos produtos idealizados pela empresa concedente (BERTOLDI, M. M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. v. 2: títulos de crédito, falência, concordata, contratos mercantis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003).

experiência no mercado, pela justificativa do método avançado, acabado e delineado pelos franqueadores, permitir o fácil acesso da praticidade das atividades, por parte dos franqueados (Simão Filho, 1993).

Ademais, estima-se que os primeiros passos do sistema de franquia nos Estados Unidos, após a primeira análise de uma forma análoga de sistema de franquia empresarial antes noticiado, deu-se no início do século XX, quando a indústria automobilística, entendeu que o sistema de criação de agências próprias, havia se tornado economicamente inviável, notadamente: a) pelo aporte de capital oneroso para estabelecer uma rede nacional de agências exclusivas; b) a absorção de eventuais prejuízos por parte dos franqueados de forma rateada, sem afetar a indústria de forma global; c) os franqueados absorveriam parte dos custos de produção, e eventuais riscos nas ações das indústrias; d) as indústrias estariam liberadas com problemas relacionados aos veículos usados, recebidos como parte de pagamento dos veículos novos adquiridos pelos consumidores (Hall; Dixon, 1990).

No ano de 1910, inauguravam-se a vanguarda de franquias de veículos nos Estados Unidos, permitindo direitos aos franqueados, e, ao mesmo tempo, a possibilidade de respectivas obrigações, que sopesava, de forma relativa, para a adesão de novas franquias (Hall; Dixon, 1990). É preciso que se esclareça, que o ponto positivo para a formação de franquias, se dava em razão da exclusividade geográfica dos pontos de comércio, o que facilitava o aumento de volume de vendas pelo franqueado (Hall; Dixon, 1990). Por outro lado, a resposta para tais benefícios se dava pela exclusividade na revenda produtos, e os investimentos dos franqueados, com a criação estrutura física das agências e respectivos padrões exigidos (Hall; Dixon, 1990, p. 16).

O próximo passo para novos ramos de atividade no setor de franquias era questão de tempo, surgindo no início do século XX, as franquias em relação ao engarrafamento de bebidas não alcoólicas. O franqueado nesse caso, detinha o direito de usar a marca e embalagens do franqueador, e, em contrapartida, detinha a obrigação de compra do produto industrializado (xarope, concentração). Nesse contexto, noticia-se na vanguarda, as empresas Coca-Cola, Pepsi-Cola (Hall; Dixon, 1990).

Ato subsequente, em 1930, a terceira maior indústria a proliferar a prática de franquia foi a indústria petrolífera, haja vista que a princípio, as redes de distribuição e postos de combustíveis eram das próprias companhias (Hall; Dixon, 1990). Com a crise provocada pela oscilação de preços de combustíveis, a competitividade se tornava difícil para a indústria de combustíveis, de maneira que, ao partilhar os pontos de vendas de franquia, os preços se tornariam mais

competitivos, por iniciativa dos próprios franqueados (Hall; Dixon, 1990, p. 17)⁸¹.

Sob outra concepção, afirma-se que a notoriedade histórica do surgimento da franquia em terras norte americanas é um pensamento vulgar. Defende-se que a franquia surgiu pela primeira vez na Grã-Bretanha, quando determinados cidadãos pertencentes ao alto clero concordaram em pagar determinada quantia ao Estado, em troca da legitimidade de cobrar impostos dos cidadãos, prática primitiva que estendeu até 1562, quando o Concílio de Trento, alterou a forma de exigibilidade de cobrança dos tributos (Hall; Dixon, 1990, p. 14).

Nesse raciocínio, sustentam Hall e Dixon (1990), que a franquia renasceu nos séculos XVIII e XIX, ocasião em que, em determinadas atividades comerciais, iniciaram-se o processo de concessão do monopólio, sob duas formas, quais sejam: por Lei ou pelo pagamento de *royalties*. Por outro lado, o beneficiário da concessão monopolizada, era obrigado ao pagamento inicial em dinheiro, além de cumprir com obrigações permanentes em favor da concedente (Hall; Dixon, 1990).

No Reino Unido do século XVIII, as fábricas de cerveja desenvolviam determinadas parcerias com as denominadas *tied house*⁸², para efeito de concessão/outorga pela comercialização de cervejas pelos estaleiros (comércios locais denominados *pubs*) com exclusividade na venda das cervejas (Hall; Dixon, 1990). Com o aumento de ingestão de bebidas alcóolicas e respectivas consequências negativas decorrentes, o Estado entendeu por bem, legislar no sentido de restringir e regular a venda das bebidas, e, a partir de então, os comércios autorizados necessitariam de licenças, que acabaram por custar caro aos comércios beneficiários da respectiva outorga (Hall; Dixon, 1990). Com a restrição e alto custo das concessões, observou-se pelos comerciantes, a dificuldade na aquisição das respectivas concessões, o que motivou as indústrias cervejeiras na aquisição das concessões/licenças, e posterior aluguel aos donos de *pubs*⁸³.

⁸¹ As três hipóteses precursoras do sistema de franquias (automóveis, engarrafamento de bebidas e postos de combustíveis), tornaram-se conhecidas tradicionalmente como as franquias tradicionais ou franquias de primeira geração (HALL, Peter; DIXON, R. **Franchising: uma nova forma de negociar**. Lisboa: Presença, 1990).

⁸² O significado da expressão “(...) um pub que pertence a uma determinada cervejaria e vende apenas os produtos dessa empresa” (Tradução nossa). Nesse sentido, “(...) a pub that is owned by a particular beer company and only sells that company's products (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS & ASSESSMENT. Cambridge Dictionary. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/tied-house>. Acesso em 13 jan. 2024).

⁸³ Os autores (Hall; Dixon, 1990) de origem portuguesa, utilizam como sinônimo de *pub*, a expressão estalagem, intitulando seus proprietários de estalajadeiros, hospedeiros, responsáveis pela titularidade das concessões exclusiva de bebidas, e permissão de revenda a população local (Hall; Dixon, op. cit., p. 15).

No que diz respeito a franquia de varejo, ou franquia de formato comercial, noticia-se o início com a figura de Martha Matilda Harper, empregada doméstica durante anos, que resolveu abrir seu próprio negócio (salão de cabeleireiro) em Rochester (Nova York) no ano de 1891 (Killion, 2013). Ao estabelecer um método próprio de cuidados com o cabelo, expandiu seu negócio para outras cidades, com a oferta de treinamentos e criação de uma escola no ano de 1926. Em 1928, existiam 500 lojas espalhadas pelo mundo, com a logomarca Harper (Killion, 2013, p. 8)⁸⁴.

Conforme relatado, os anos de 1945 a 1955 foram marcados por experimentais no cenário das franquias, fruto do término da guerra mundial, situação que provocou a oportunidade dos soldados, de lançarem mão de negócios de franquias, pois não detinham experiência em outras áreas, e a proposta dos franqueadores era propagada como um método eficiente em termos econômicos, com satisfação pessoal e vantagens sociais (Killion, 2013, p. 9). Nessa época, a grande expansão de franquias, após a segunda guerra mundial, se deu através da franquia de sorvetes expresso, caracterizando-se como figura subjetiva representativa, a pessoa de Harry Axene, responsável pela criação da casquinha de sorvete intitulada *Dairy Queen* (Killion, 2013, p. 10)⁸⁵.

A franquia comercial, como modelo de negócios visto na atualidade começou em 15 de abril de 1955 (Killion, 2013). Isso se deve a figura de *Ray Kroc*, não por expandir modelos de franquias por várias cidades, mas por trazer um novo formato de negócios a rede de fast food intitula *McDonald's*, de propriedade dos irmãos *McDonald*

⁸⁴ Para ilustração, colhe-se informações acerca da criadora do método. No ano de 1891, Harper havia lançado sua primeira franquia de varejo em Buffalo (Nova York). Mais adiante, instalaram-se franquias em Detroit, Chicago, San Francisco e Baltimore, ocasião em que, no ano de 1905, Harper expandiu seus negócios ao Canadá. Nesse sentido, a literalidade do texto: “(...) *In 1891, Harper was ready to launch a second location for her salon - considered to be the first retail franchise in the US — in Buffalo, New York. Locations in Detroit, Chicago, New York City, San Francisco, and Baltimore soon followed, each run by a Harperite. By 1905, Harper Salons had expanded to Toronto, Canada. More Harper shops continued to be opened abroad to service the needs of traveling patrons, with celebrities and royalty among loyal Harper clients*” (UNIVERSITY OF NEW HAMPSHIRE. Peter T. Paul College of Business and Economics. Rosenberg International Franchise Center. Disponível em: <https://paulcollege.unh.edu/rosenberg/franchise-pioneers-world/martha-matilda-harper>. Acesso em 17 jan. 2024).

⁸⁵ Nesse sentido, a literalidade do texto: “(...) *The single biggest contributor to this tremendous growth in soft-serve franchises was Harry Axene, a farm-implement salesman from Missouri. J.F. McCullough developed the soft-serve ice cream cone and gave it the name “Dairy Queen”*” (KILLION, W. L. **The History of Franchising**. In: MEIKLEJOHN, A. M. (Lead Editor). *Franchising: cases, materials, & problems*. EUA: American Bar Association, 2013. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba-cms-dotorg/products/inv/book/215742/Chapter%201.pdf>. Acesso em 15 jan. 2024).

(Killion, 2013). O diferencial do modelo de negócio proposto por *Ray Kroc*⁸⁶, foi idealizar um centro de treinamento para desenvolver padrões de operação, treinar franqueados, e delimitar os padrões da rede *McDonald's*, utilizando o programa *QSV&C* (Qualidade, Serviço, Valor e Limpeza)⁸⁷ (Killion, 2013, p. 11-12).

Quando as franquias experimentaram o *boom*⁸⁸ econômico, nos idos de 1960 a 1970 em terras norte americanas, vislumbrou-se ao mesmo tempo, a prática de oportunistas, visando o enriquecimento rápido, na atividade de fraudes (Vance; Silva; Azevedo, 2012). Como muitas das franquias eram atrativas em virtude da receita decorrente da cobrança da taxa de franquia para aberturas das mesmas, fraudadores criavam as franquias, e vendiam franquias fictícias, as intituladas *fly by night* (Vance; Silva; Azevedo, 2012, p. 24)⁸⁹.

Em terras brasileiras, afirma-se que a popularidade do sistema

⁸⁶ Para Cretella Neto (2003, p. 52), o segredo do idealizador da rede de *fast food* *McDonald's* é considerada a base de sucesso para toda e qualquer operação de uma franquia de sucesso: a ideia de franqueados como parceiros, em uma rede de negócios que não busca tão somente satisfações e interesse pessoal de cada franqueado, mas uma atuação estratégica de marketing no contexto geral da franquia (*networking*) (CRETELLA NETO, J. **Manual Jurídico do Franchising**. São Paulo: Atlas, 2003).

⁸⁷ Nesse sentido, a literalidade do texto: “(...) *Kroc and his lieutenants at McDonald's would eventually perfect business format franchising, establishing the model that guides all successful franchise systems today. McDonald's built a central organization to develop standards of operation, train franchisees, and enforce compliance with standards through supplier relationships and field inspections. Although quality assurance is now the mantra of every fast-food franchisor, McDonald's invented the concept through its QSV&C (Quality, Service, Value, and Cleanliness) program*”. Historicamente, em 1960, eram aproximadamente 200 pontos de venda da marca nos Estados Unidos. No ano de 1965, 710 restaurantes, e, em 1972, 2.200 restaurantes, com vendas no importe de 1 bilhão de dólares (KILLION, W. L. **The History of Franchising**. In: MEIKLEJOHN, A. M. (Lead Editor). *Franchising: cases, materials, & problems*. EUA: American Bar Association, 2013. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba-cms-dotorg/products/inv/book/215742/Chapter%201.pdf>. Acesso em 15 jan. 2024).

⁸⁸ Diversas empresas são destaques de sucesso no setor de franquias em terras norte americanas nos chamados anos do *boom*, ou auge do sistema franquias. Destacam-se as empresas *Kentucky Fried Chicken*, *International House of Pancakes*, *Radio Shack* (Killion, 2013, p. 12). Em 1969, as franquias alcançaram a popularidade e sucesso nos negócios, ao bater as portas da *Wall Street*, com oferta públicas das ações da empresa *Kentucky Fried Chicken*, criando a figura de novos multimilionários no setor, a exemplo as figuras de *John Brown* e *Jack Massey*, sócios da empresa em franca expansão (Ibid., 2013, p. 13).

⁸⁹ Em complemento, Killion (2013) relata que respectiva prática iniciou sob a nomenclatura *Minnie Pearling it* - ou *Minnie Pearl's Chicken System*, prática realizada por dois advogados (irmãos Hooker), criadores da *Performance System Inc. (PSI)*, no intuito de franquear a empresa *Minnie Pearl's*. A operação idealizada por um dos irmãos (*John Jay Hooker*), ao realizar a venda de franquias em grandes quantidades, inclusive para empresas organizadas pelo próprio Hooker, registrava a taxa de franquia como receita, contudo, com a ausência de abertura efetiva das franquias. Quando da venda em capital aberto em 1968, a empresa havia faturado US\$ 5 milhões, com 405 franquias. No final de 1969, registrou-se apenas 263 restaurantes em funcionamento, muito embora a empresa PSI tivesse vendido 1600 franquias de restaurantes (Ibid., 2013, p. 14).

de franquias ocorreu com o setor de educação, mais precisamente com as escolas de idiomas, o Yázigi (1963) e a rede CCAA (1969).

Nos anos de 1979/1980⁹⁰ há uma expansão de franquias como modelo de negócios, com a inauguração da primeira franquia do McDonald's no Brasil em 1979, muito embora o registro oficial como franquia no País tenha ocorrido em 1987 (Vance; Silva; Azevedo, 2012, p. 25).

Em 1987, cria-se a ABF (Associação Brasileira de Franchising)⁹¹, órgão com a finalidade de promover o desenvolvimento técnico do setor de franquias, e, em 1994, entra em vigor a Lei n. 8.955/94, o marco regulatório no setor de franquias (Vance; Silva; Azevedo, 2012).

Além da criação e expansão da Associação Brasileira de Franchising, e a consequente regulamentação do sistema de franquias, outro fator de grande relevância que impactou a economia, porém, trouxe avanços no processo de desenvolvimento do sistema de franquias, foi o Plano Cruzado⁹² no ano de 1994, atividade que enxugou os lucros das aplicações financeiras, o que culminou na forma diferenciada dos investidores, em aplicar seus rendimentos no respectivo setor em ascensão (Fernandes, 2003, p. 24).

Com a chegada ao país de marcas internacionais, o crescimento no setor de *shopping centers*, o setor de franquias atrai a curiosidade do Governo, e, no ano de 1997, cria-se a Câmara Setorial de Franquia Empresarial (Ministério da Indústria, Comércio e Turismo) em atividade até o ano 2000, com a posterior criação do Fórum Setorial de Franquias, no ano de 2004, vinculado ao então Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (Vance; Silva;

⁹⁰ Em 1980, empresas como Boticário, Água de Cheiro, Bob's passaram a adotar o sistema de franquias no Brasil, modelo que se popularizou no País, adotado por fabricantes, varejistas e empresas prestadoras de serviços (VANCE, P. de. S; SILVA, V. L. dos. S.; AZEVEDO, P. F. de. Origens, evolução e prática do *Franchising*. In: SILVA, V. L. dos S.; AZEVEDO, P. F. de. (Org.). **Teoria e Prática do franchising**: estratégia e organização de redes de franquia. São Paulo: Atlas, 2012).

⁹¹ Uma reunião de esforços de pessoas, composta por Marcelo Cherto, Marcus Rizzo, Miguel Krigsner (fundador do Boticário), Claudiné Pessoto (Diretor da D. Paschoal), Edson Daguano (Diretor da Ellus), Ricardo Silva (Diretor do Yázigi), Hamilton Marcondes (funcionário da Arapuã) e Petrônio Camacho (Consultor de Shopping Centers (CHERTO, M.; RIZZO M. **Franchising en la práctica**. São Paulo: Makron Books, 1995).

⁹² Ressalta-se por ilustração e pensamento análogo, os dizeres de Andrade (1998, p. 16): “(...) As aplicações financeiras, melhor dizendo, a ciranda financeira era a tônica brasileira. Quem tinha dinheiro, aplicava-o imediatamente no que fosse possível e a seu alcance, uma vez que a aplicação era muito mais rentável que o investimento em alguma atividade mercantil. (...) Aplicar pequenos recursos em atividade vitoriosa era, como é ainda, o melhor caminho, porém em negócio já feito, vitorioso. A franquia foi o caminho encontrado, e desde aquele ano a evolução de empresas franqueadas vem crescendo fortemente (ANDRADE, J. P. **Contratos de franquia e leasing**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998).

Azevedo, 2012, p. 26).

A partir da contextualização histórica apresentada, sobretudo, pela evolução crescente que lhe é peculiar, no ano de 2019, incrementam-se alterações legislativas relevantes na lei de franquia, com o advento da Lei 13.966 de 2019, revogando, portanto, as disposições da Lei 8.955 de 1994 (Brasil, 2019).

Em que pese respectivas incertezas quanto a eventual realidade do surgimento da franquia, utiliza-se do presente, como um recorte espacial e temporal, com a permissão de identificar as proximidades do início da respectiva atividade empresarial, demarcada nos Estados Unidos e no Brasil, justamente por ser a delimitação geográfica de análise da presente tese.

2.2 | O CONCEITO E A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE FRANQUIA

Considerando os aportes teóricos históricos acerca do instituto da franquia, é indispensável tecer determinadas considerações quanto ao conceito e a natureza jurídica do respectivo instituto.

Para Simão Filho (1993, p. 35), em conceituação clássica, o *franchising* ou franquia é conceituado como um sistema que tem por finalidade “(...) a distribuição de produtos, mercadorias ou serviços em zona previamente delimitada, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato(s) mercantil(s)”, na subjetividade de pactuação por pessoas independentes, com objetivos e finalidades de colaboração. Trata-se de um acordo recíproco⁹³, em que o franqueado se submete ao pagamento de prestação inicial ou mensais, e, em contrapartida, o franqueador concede a titularidade (cessão, autorização ou uso), de propriedade (in)corpórea (marcas, insígnias, título do estabelecimento, métodos de trabalho, fórmulas, patentes, assistência técnica) (Simão Filho, 1993, p. 35).

Importante levar em consideração, a definição proposta pelos marcos legais da franquia empresarial, para que, em ato contínuo, possa se estabelecer uma análise acurada de seus termos, para efeito

⁹³ A professora Maria Helena Diniz, tipifica o *franchising* como um contrato “(...) pelo qual uma das partes (franqueador ou *franchisor*) concede, por certo tempo, à outra (franqueado ou *franchisee*) o direito de comercializar com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título do estabelecimento, marca de indústria ou produto que lhe pertence, com assistência técnica permanente, recebendo, em troca, certa remuneração (Diniz, 2003, p. 47) (DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v. 4. 5. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2003).

de natureza jurídica do instituto.

Nesse contexto, a Lei n. 8.955 de 1994 prescrevia no artigo 2º, o contrato de franquia empresarial classificado como um sistema⁹⁴ entabulado entre a figura de franqueado e franqueador, e que tem por finalidade a cessão ao franqueado de múltiplas cessões pelo franqueador, vinculadas a obrigação de dar, fazer, consistente no direito do uso da marca ou patente, concomitante ao direito de distribuição (semi)exclusiva de produtos ou serviços, e na eventualidade, uso de tecnologias, administração dos negócios, sistema operacional, mediante remuneração (in)direta, sem a caracterização de vínculo de emprego (Brasil, 1994).

Para uma melhor adaptação nas execuções do contrato de franquia, mais de duas décadas percorridas, entra em vigor a Lei n. 13.966 de 2019 que dispõe sobre o sistema de franquias, abrogando as disposições da lei anteriormente mencionada. Em suas disposições, a prescrição legal do artigo 1º permanece com a ideologia complexa que é peculiar ao contrato, intitulando-o como um sistema (Brasil, 2019), responsável por estabelecer uma relação entre franqueado e franqueador, relação híbrida, que não envolve tão somente a possibilidade de adoção de uma das obrigações contratuais (dar, fazer, entrega de coisas), mas a permissão de inclusão de todas as obrigações em um mesmo de contrato, de acordo com os moldes do modelo de franquia oferecido pelo franqueador ao franqueado⁹⁵.

Nesse raciocínio, Menezes Direito (2007, p. 9), é coeso com a natureza jurídica até então proclamada, quando da abordagem teórica da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia:

(...) É fácil perceber que a própria lei embute na chamada franquia empresarial várias modalidades obrigacionais, mencionando outros contratos que estão enlaçados com o de franquia, assim, o de uso de marca e patente, o de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de

⁹⁴ A proposta de classificação do contrato de franquia prevista na Lei n. 8.955 de 1994, era tratada por Bulgarelli (1997), como a “(...) oferta de um conceito que o insere entre os contratos complexos, pois o considera como um sistema de relações entre o franqueador e franqueado” (BULGARELLI, op. cit., 1997, p. 523).

⁹⁵ A doutrina entende como elementos essenciais no sistema de franquia, nos moldes da nova legislação, a autorização de uso de marca e outros objetos de propriedade intelectual, o direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços, o direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração do negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, a remuneração (in)direta, e a ausência de relação e consumo e vínculo empregatício em relação ao franqueado e seus empregados (AMENDOEIRA Jr, S.; TARDIOLI, F.; PRADO, M. N. **Franchising** [livro eletrônico]. 1. ed. em ebook baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Acesso restrito via <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253728683/v1/page/RB-1.2>).

produtos ou serviços, o de uso de tecnologia de implantação e administração de negócios. É um dos contratos tidos como complexos, porque prevê uma série de relações jurídicas entre o franqueador e o franqueado. Ainda, diversos são os tipos de franquia, podendo ser de serviços, de produção, de distribuição e de indústria.

Em razão da atribuição de natureza atípica⁹⁶ contratual (Diniz, 2003, p. 50)⁹⁷, na década de 1990, o contrato de franquia era visto como um contrato de colaboração, ou de cooperação entre empresas independentes, com a finalidade de maximização de resultados mútuos, perfeitamente adaptável a realidade (Lobo, 1994, p. 31). Essa ideia de colaboração enquanto natureza jurídica, é justificada pela comunhão de esforços entre franqueador e franqueado, com propósitos afins, no sentido de crescimento reflexo entre as empresas vinculadas.

Em complementação aos marcos regulatórios do contrato de franquia, Fazzio Júnior (2015) reafirma a ausência de uniformidade do texto legal se reportando a legislação revogada de 1994, ao definir a franquia como um sistema. A partir das vivências doutrinárias, reafirma-se a natureza jurídica não convencional dos contratos de franquia (Fazzio Júnior, 2015). Portanto, o autor classifica respectivo pacto como “(...) um contrato de prestações recíprocas e sucessivas que pode ser rotulado como eclético, porque resulta da combinação de várias outras modalidades de pacto” (Fazzio Júnior, 2015, p. 512).

A natureza do contrato de franquia é vista por Fernandes (2003) por complexa, uma vez que, em seu conteúdo compõe-se uma série de relações entre os contraentes, englobada por prestações e contraprestações, cuja inexistência descharacterizaria o contrato como um todo. Logo, o contrato de franquia também pode ser denominado como contrato misto, ocasião em que, os contratantes misturam cláusulas típicas e atípicas em suas disposições, o que permite concluir a caracterização de contratos autônomos, típicos/atípicos (Fernandes, 2003, p. 49).

Na mesma mão de direção, o Superior Tribunal de Justiça

⁹⁶ Posicionamento defendido por Coelho (2015, p. 494), ao fazer menção a revogada Lei 8.955 de 1994, que apesar de disciplinar aspectos contratuais, não o tornou contrato típico, de maneira que, as relações entre franqueador e franqueado continuam regendo-se exclusivamente pelas cláusulas contratualmente pactuadas (COELHO, F. U. **Manual de direito comercial:** direito de empresa. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015).

⁹⁷ Classificação utilizada por Simão Filho (1993), ao estabelecer distinções entre a natureza jurídica do contrato de concessão comercial e o contrato de franquia, guardando a natureza híbrida, pela justificativa de composição do instituto, a presença de diversas figuras do direito que poderão configurar cumulativas no contrato, quais sejam, licença para o uso da marca, cessão de direitos, prestação de serviços, compra e venda, distribuição. Um contrato atípico, inominado, e misto por se tratar de diversas formas nominadas e inominadas na estruturação de um mesmo contrato (Simão Filho, op. cit., 1993, p. 41-42).

descreve o contrato de franquia de natureza jurídica híbrida e complexa. O Ministro da Suprema Corte Luiz Fux, então Ministro do Superior do Tribunal de Justiça, na época da prolação da decisão do Agravo Regimental em Recurso Especial de n. 953.840 – RJ (Brasil, 2009), nas demandas que tratavam a possibilidade de incidência do ISS em relação aos contratos de franquia, em que pese a impossibilidade da análise de mérito do julgado em razão das questões de violação de índole constitucional, defendeu no julgado que a inclusão da franquia como prestação de serviços, anexo à Lei Complementar 116/2003, não provoca o efeito de modificação da natureza jurídica do instituto, dita complexa⁹⁸, composto por uma multiplicidade de obrigações de fazer e não fazer (Brasil, 2009).

Na contramão em relação ao mérito, a Suprema Corte, na lavra do Ministro Gilmar Mendes, atual Tema 300, no *Leading Case* do Recurso Extraordinário n. 603136, considera constitucional a incidência do ISS sob a prestação de serviços nos contratos de franquia, porém, não destoa ao posicionamento quanto a natureza jurídica dos contratos de franquia. Em análoga questão processual, sustenta o eminente Ministro, nos moldes da doutrina “(...) Esse caráter “híbrido”, “complexo” ou “eclético” se faz ver na própria legislação que regula o contrato de franquia no Brasil, a Lei 8.955/1994” (Brasil, 2020, p. 12). Complementa o Relator, que “(...) o objeto do contrato de franquia é complexo e pode compreender diferentes contornos, com as mais diversas cláusulas contratuais, ao alvedrio dos contratantes” (Brasil, 2020). Nem por isso, para o Relator, deixa-se de aplicar a incidência do ISS sobre a prestação de serviço nos contratos de franquia, uma vez que, “(...) Há, nesse liame contratual, inegável aplicação de esforço humano, destinado a gerar utilidade em favor de outrem (o franqueado)” (Brasil, 2020, p. 16). A relação contratual não se restringe a uma mera obrigação de dar, nem a mera obrigação de fazer, configurando-se o contrato de franquia em sua unidade como um complexo de atividades, não existindo a

⁹⁸ O mesmo tratamento, em julgado de 2019, da lavra do Ministro Francisco Falcão (Segunda Turma), acerca da não incidência do ISS sobre o serviço vinculado aos contratos de franquia, deixa clarividente o posicionamento quanto a natureza jurídica do contrato. Para o órgão julgador, em que pese a ausência da análise do mérito da causa, observa-se a natureza jurídica híbrida e complexa do contrato de franquia que não envolve, como essência, pura obrigação de fazer capaz de caracterizar o fato gerador de incidência do ISS como prestação de serviço, mas variadas relações jurídicas entre franqueador e franqueado, afastando-se, portanto, do conceito constitucional de serviços (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1791184**. Município de Itupeva e CPQ BRASIL S/A. Processual Civil. Tributário. ISS. Contrato de franquia. Acórdão com fundamentos constitucional e infraconstitucional. Não interposição de recurso extraordinário [...]. Relator: Min. Francisco Falcão, 21 de maio de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900057389&dt_publicacao=21/05/2019. Acesso em 20 jan. 2024).

hipótese de separá-las, sob pena de desconfigurar o instituto no todo (Brasil, 2020).

Apresentada a posição do Judiciário quanto a natureza jurídica dos contratos de franquia, é possível concluir que a franquia não se restringe a mera obrigação de dar, um fazer, ou não fazer. O sistema, como a própria Lei ecoa, permeia na unidade contratual, um emaranhado de obrigações que o torna qualificado como de natureza complexa, híbrida. No mesmo sentido, fala-se em uso de marcas, distribuição ou produção com ou sem exclusividade vinculados a ofertas de produtos ou prestação de serviços desenvolvidas pelo franqueador e que serão autorizadas em favor do Franqueado. Além disso, a permissão do uso de métodos, sistemas de implantação e administração do negócio, e até mesmo eventual sistema operacional desenvolvido pelo franqueador.

Essa mistura da entrega do produto representada pelo dar (bens que serão objeto de venda franquia), sistema de software (para facilitar a gestão), cumulado com os treinamentos, marketing (prestação do fazer), e da impossibilidade de cessão a terceiros em relação a eventuais segredos dos métodos da franquia (não fazer), englobam uma unidade eclética, complexa, capaz de caracterizar o contrato de franquia como de natureza jurídica híbrida, distinto das demais relações jurídicas simples vivenciadas pelos contratos civilistas, a exemplo, a compra e venda, a locação, a doação dentre outros.

A ideia de um contrato eminentemente autônomo, é proposta por Orlando Gomes, quando ao analisar a natureza jurídica do contrato de franquia, ao mesmo tempo em que o considera distinto de qualquer especificidade contratual, observa respectivo instituto de natureza híbrida, ora distanciando-se das figuras do mandato e da locação, ora o aproximando da concessão exclusiva⁹⁹, da

⁹⁹ O contrato de concessão comercial (THEODORO JÚNIOR; MELLO, 2004, p. 43/45), regido pela Lei 6.729 de 1979, com as alterações da Lei 8.132 de 1990, se constitui quando o fabricante de veículos terrestres, obriga-se a vender a determinado distribuidor, e este, reciprocamente, obriga-se a comprar, com vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda em zonas geográficas específicas. Trata-se de um contrato complexo e atípico, qualificado como uma concessão que atribui um monopólio de exclusividade de venda a comerciantes, muito útil para a circulação de produtos de massa, a exemplo automóveis. Distingue-se da franquia, exatamente pela complexidade das obrigações entre franqueado e franqueador, a exemplo na franquia, a transferência da tecnologia, *know-how, marketing, software* (THEODORO JÚNIOR, H; MELLO, A. M. T. de. O Regime do contrato (típico) de agência e distribuição (Representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 923, n. 825, jul. 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5122521/mod_resource/content/0/10%20-%20Theodoro%20Jr.%20e%20Mello%2C%20regime.pdf. Acesso 22 jan. 2024).

distribuição¹⁰⁰, do fornecimento e da prestação de serviços (Gomes, 2001, p. 467), exatamente pela natureza eclética que se apresentou em parágrafos anteriores.

O distanciamento entre as figuras do contrato de concessão, em relação aos contratos de franquia, pode ser visto por três aspectos apresentados: a diversidade da remuneração nos contratos; b) amplitude do objeto contratual; c) poder de controle do franqueador em relação ao franqueado, em comparação ao distribuidor (Costa, 2016). Nesse sentido, no contrato de distribuição, a remuneração incide sobre o lucro inerente a revenda dos produtos/prestação dos serviços, enquanto o franqueado para usufruir do modelo de negócios, realiza pagamento inicial e taxas mensais. Quanto ao objeto, na franquia a amplitude em relação ao objeto é maior, não se restringindo a distribuição de bens e serviços, tratando-se, portanto, de forma híbrida e não rígida. Ao fim, na franquia, a relação entre franqueador e franqueado perpassa por maior ingerência, com relações mais estreitas, qualificado o franqueador como um agente fiscalizador em relação ao franqueado, no que diz respeito as execuções previstas no contrato (Costa, 2016, p. 174/176).

Em complemento, em proposição doutrinária clássica, o professor Comparato (1975, p. 53-54) demonstrava grande preocupação com a inclusão do sistema de franquias no Brasil, em razão da popularidade que se propagava. Comparava o instituto, a visão que tínhamos das celebridades, quando tratadas por todos, acolhidos em verdadeiras apoteoses (Comparato, 1975, p. 53). Na oportunidade, analisava-se a distinção entre a figura do contrato de concessão de venda em relação a franquia. Para a concessão, entendia-se que como finalidade, o contrato de distribuição de produtos, de maneira que qualquer licença de uso da marca ou prestação de serviços, configuravam-se pactos acessórios (Comparato, 1975). Por sua vez, a franquia detinha como essencial, a licença de utilização da marca, prestação de serviços, além da organização e métodos de venda por parte do franqueador ao franqueado (Comparato, 1975, p. 53).

Portanto, o grande diferencial marcado pelos contratos de franquia, desde antes à sua implantação até os dias atuais, é a natureza multifacetada que lhe é peculiar, desde as particularidades ao uso da marca, formas de uso e peculiaridades aplicáveis a Lei 9.279 de 1996 de que trata aos direitos e obrigações relativos à propriedade

¹⁰⁰ No direito comercial, surge o contrato de distribuição como uma forma de aproximação entre a produção e o usuário final, um conjunto de relações jurídicas que se marcam por características comuns, na união em torno de um objetivo comum, o lucro de ambos (produtor e distribuidor) na comercialização de bens e serviços, e interesses antagônicos, na medida em que se repartem os lucros (Ibid, 2004, p. 40).

intelectual, até a permissão e formatos de cessão de produtos e serviços. Complementa-se ao todo, o uso de métodos, e quando se refere a métodos, é dizer da qualidades técnico-científicas por trás dos casos de sucesso da franqueadora, e que permitem o reflexo do sucesso em favor da franqueada. E porque não incluir no presente caso, a tecnologia empregada (software, aplicativos etc...), os formatos de treinamento das pessoas, a forma de manuseio dos produtos, prestação de serviços, marketing, todos padronizados pelo Franqueador. Todo esse aparato de obrigações de dar, fazer e não fazer, caracterizam o contrato de franquia como eclético, híbrido, complexo, sem a possibilidade de qualificá-lo como pertencente a uma das modalidades de obrigações contratuais, e, portanto, expressa modalidade de contrato atípico.

Estabelecidos contornos históricos e teóricos concernentes aos contratos de franquia, torna-se indispensável realizar uma abordagem acerca do fundamento econômico e jurídico nos contratos de franquia, para então, propor considerações acerca dos princípios basilares no direito dos contratos, capazes de fortalecer a tese de liberdade das partes no contrato de franquia, em estipular a cláusula prévia de negociação colaborativa de forma suspensiva a submissão da Jurisdição, como ato negocial livre e autônomo entre as partes contratantes.

2.3 | O FUNDAMENTO NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

Indispensável de forma preliminar, discorrer algumas considerações da importância econômica do setor de Franquias no Brasil, como forma de justificativa da inserção deste tipo contratual na especificidade da proposta de tese apresentada. A partir do viés econômico, buscar-se-á traçar fundamentos jurídicos, para efeito de embasamento dos propósitos da presente tese, especialmente, no que diz respeito ao fundamento legal do contrato de franquia.

Pelo fundamento econômico, estima-se pontuar considerações temporais breves do período pós-pandemia, especialmente, nos últimos anos de desenvolvimento do crescimento do setor, como forma de demonstrar a expansão do setor, e reforçar a escolha pelo tipo contratual, na perspectiva da proposta da tese.

Os dados foram obtidos pela Associação Brasileira de Franchising (ABF), associação sem fins lucrativos, criada no ano de 1987, considerada a representante oficial do sistema de franquias brasileiro, com a finalidade de aliar esforços ao suporte legal (ABF, 2024a).

A associação é responsável por realizar a defesa do sistema perante as autoridades governamentais, impulsionar o aprimoramento de técnicas dos associados, com o destaque de fomento a solução de conflitos existentes entre os associados, em vias ao comportamento ético¹⁰¹ de seus membros (Maemura, 2020, p. 2-3).

A título de estatística, observou-se por pesquisas atuais realizadas pela Associação Brasileira de Franchising (ABF, 2024b)¹⁰², um crescimento do setor de franquias de 19,1% no primeiro trimestre de 2024, em quadro comparativo com o ano de 2023, com o aumento de faturamento de R\$ 50,854 bilhões para R\$ 60,560 bilhões. Nos últimos 12 meses, o crescimento proporcional alcançou a proporção de 14,3%, representando em números, um aumento de faturamento de R\$ 218,962 bilhões para R\$ 250,367 bilhões de reais (ABF, 2024c, p. 6-7)¹⁰³.

Respectivo crescimento é justificado pelo crescimento nos setores de alimentação (comércio e distribuição e *Food Service*), serviços e outros negócios (ABF, 2024b)¹⁰⁴. A empregabilidade foi um destaque relevante, gerando 1.658.000 empregos diretos, com majoração de 4,9% a mais que no mesmo período de 2023. Os destaques dos ramos de atividade que cresceram no setor de franquias são liderados pela Alimentação no formato comercialização e distribuição com 43,9%, e alimentação no formato *Food Service* com 26,6%, seguido dos serviços e outros negócios com 25,3% (ABF, 2024c, p. 12).

Para os anos anteriores, especialmente no ano de 2022, há uma demonstração considerável de recuperação no setor de franquias, notadamente pela justificativa do período pós COVID-19, em um

¹⁰¹ O movimento de integridade nas atividades de Franchising é reforçado pela ABF através do Manifesto por um Franchising Integro, documento formal elaborado pela instituição, ao propor a ética como um valor inegociável, com aposta na inovação, trabalho e proatividade (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING), 2024. **Manifesto por um Franchising Integro.** Disponível em: https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2022/11/Manifesto-ABF_V3.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024).

¹⁰² Nesse sentido, a notícia disponível no site da Associação Brasileira de Franchising (ABF) (ABF (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING), 2024b. **Franquias aceleram e crescem 19,1% no 1º trimestre, indica pesquisa da ABF.** Disponível em: <https://www.abf.com.br/franquias-aceleram-e-crescem-191-no-1o-trimestre-indica-pesquisa-da-abf/>. Acesso em: 01 jul. 2024).

¹⁰³ Os dados estão dispostos no relatório elaborado pela Associação Brasileira de Franchising (ABF), em relação ao primeiro trimestre de 2024 ABF (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING), 2024c. **Desempenho do Franchising Brasileiro - 1º Trimestre 2024.** Disponível em: https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2024/07/Apresentacao_Desempenho_Franchising_1Tri24_V2.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024).

¹⁰⁴ A resposta pelo crescimento se destaca por fatores sazonais (feriados específicos como páscoa), o cenário macroeconômico (PIB, queda lenta da taxa SELIC, inflação controlada), situações responsáveis pelo aquecimento do consumo (ABF, Op. cit., 2024a).

aumento de 8,8% na média, considerando o aumento do ano anterior no percentual de 4% (2020-2021), com destaques para as áreas da moda, saúde, beleza e bem estar, e casa e construção (ABF, 2022).

Considerada as estatísticas do setor de franquias na economia, sem os propósitos de esgotamento do tema, porém, com a finalidade precípua de demonstração da importância econômica em números de crescimento no setor, a proposta de exploração da presente espécie contratual se torna reforçada, pela simples observação dos números, e da fase exponencial vivenciada pelo setor, sob o viés econômico.

Em outra vertente, e com maior destaque, explora-se o fundamento jurídico, nele representado por considerações dogmáticas e legais pertinentes ao sistema de franquia.

Nesse aspecto, com o advento da Lei 13.966 de 2019, que dispõe sobre o sistema de franquia empresarial, e que revogou na integralidade os termos da Lei 8.955 de 1994, fixa-se a nomenclatura “franquia” na língua portuguesa, com a intensificação para o privilégio na divulgação de informações (transparência)¹⁰⁵, bem como, pela preocupação com o *know-how*¹⁰⁶, uma característica cada vez mais exigida pelo setor, quanto ao envolvimento de franqueadores profissionais, com aptidão e reconhecimento das regras e da realidade do sistema de franquias (Amendoeira Jr; Tardioli; Prado, 2021).

A prática da transparência, no dever de publicizar por parte do franqueador em relação ao franqueado, as informações de atividades e a atual conjuntura da atividade empresarial desenvolvida pelo franqueador, se torna explícita nas disposições do artigo 2º da lei que rege o sistema de franquias já citada, quando fornecimento da Circular de Oferta de Franquia¹⁰⁷ (Brasil, 2019).

¹⁰⁵ O princípio do *disclosure* se tipifica pela expressão traduzida por tornar público, descerrar, expor à vista, à transparência ou o dever de informar por parte do investidor; no dialeto popular “jogar limpo” (AMENDOEIRA Jr, S.; TARDIOLI, F.; PRADO, M. N. op. cit., 2021. Acesso restrito via <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253728683/v1/page/I-II>).

¹⁰⁶ O *know-how* se tipifica pela hipótese em que uma pessoa natural tem por obrigação a transmissão a outro contraente, para que o franqueado se utilize dos conhecimentos e *expertise*, em relação a fórmulas secretas, técnicas e certas práticas durante certo tempo, mediante o pagamento de certa quantia denominada *royalty*, com a permissão de realização da concessão a título gratuito (DINIZ, op. cit., 2003, p. 42).

¹⁰⁷ Em obra clássica, Simão Filho (1993), antes do advento da Lei de Franquias, revogada de 1994, fazia menção à criação de uma Lei norte americana, responsável por combater os enganos ou indução em erro de investidores, obrigando, portanto, o franqueador a revelar todos os detalhes do sistema que opera, a exemplo, informações comerciais da atividade que opera, experiência comercial e serviços prestados, ações judiciais pendentes, direitos de entrada, restrições nas vendas de produtos, exclusividade, participação pessoal do franqueado etc... (SIMÃO FILHO, Op. cit. 1993, p. 61).

Portanto, nos termos da legislação atual, e, em atenção ao princípio do *disclosure*, é dever do franqueador fornecer a Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, com expressões objetivas e acessível aos leitores, constando com obrigatoriedade uma relação completa de informações, das quais destacam-se como principais: o histórico resumido do negócio franqueado; qualificação do franqueador e empresas vinculadas¹⁰⁸; balanços e demonstrações financeiras (últimos 2 exercícios)¹⁰⁹; indicação de ações judiciais que tenham por objeto a discussão do sistema da franquia ofertada pelo franqueador ou subfranqueadores¹¹⁰; descrição da atividade a ser desenvolvida pelo franqueado (envolvimento do franqueado na operação e administração do negócio); o perfil exigido pelo franqueado (experiência, características, escolaridade); especificações quanto ao valor total estimado de investimento, taxas de filiação (taxa de franquia e periódicas)¹¹¹; investimento de instalações físicas e condições de pagamento; aluguel de equipamentos, ponto comercial, taxa de publicidade, seguro; relação completa dos franqueados, subfranqueados e subfranqueadores, além daqueles que se desligaram nos últimos 24 meses; política de atuação territorial (exclusividade ou preferência em determinado território, regras de concorrência territorial (Brasil, 2019).

Complementa a Lei, acerca das informações necessárias na Circular de Oferta de Franquia, a possibilidade de indicação pelo Franqueador, do que será ofertado em favor do Franqueado,

¹⁰⁸ Há uma relevância em relação a Lei revogada de 1994, quanto a informação do número do CNPJ da franqueadora e de empresas que esteja ligado, o que possibilita o candidato a franqueado, a realização de pesquisas sobre a regularidade e legalidade da franqueadora e empresas coligadas (AMENDOEIRA Jr, S.; TARDIOLI, F.; PRADO, M. N. Op. cit., 2021, acesso restrito via proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253728683/v1/page/RB-8.1).

¹⁰⁹ Ainda que dispensadas em razão do regime tributário que exercem, as franqueadoras deverão elaborar o balanço patrimonial dos dois últimos exercícios. Ainda, existe o hábito de franqueadoras, constituir uma empresa para gerir a rede de franquias, o que nesse caso, não haverá a princípio o balanço patrimonial exigido. Nesse caso, aconselha-se que a ressalva seja inserida na COF, anexando a COF, o balanço de constituição da empresa (Ibid., 2021, acesso restrito via proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253728683/v1/page/RB-8.1).

¹¹⁰ Relevante o destaque, a descrição na COF, de ações judiciais que digam respeito ao objeto da franquia, extensivo, pela análise doutrinária, a eventuais procedimentos arbitrais pendentes na relação da franqueadora com franqueados e terceiros (Ibid., 2021, acesso restrito via proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253728683/v1/page/RB-8.1).

¹¹¹ Define-se pela doutrina como prestação periódica, a expressão *royalties*, paga pelo franqueado a franqueadora, em relação ao uso do sistema, da marca e *Know-how* de titularidade da franqueadora (Ibid., 2021, acesso restrito via proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253728683/v1/page/RB-8.1).

especialmente o suporte, supervisão de rede, serviços prestados, treinamento do franqueado e funcionários, eventuais incorporações de inovações tecnológicas, manuais de franquia, auxílio na escolha do ponto, leiaute, e padrões arquitetônicos de instalação, incluindo equipamentos, utensílios físicos, mapa (memorial descritivo) e croqui do local de instalação (Brasil, 2019). Ademais, as informações sobre a situação da marca, e outros direitos de propriedade intelectual, não trazendo a Lei, a obrigatoriedade de que a marca esteja efetivamente registrada junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), no entanto, torna indispensável a informação atualizada da situação da marca, o que possibilita ao Franqueado, uma fiel análise dos riscos, antes da contratação (Amendoeira Jr; Tardioli; Prado, 2021).

A Circular de Oferta de Franquia, deverá conter ainda, os modelos de contrato padrão realizados pela Franqueadora, e caso tenha disponível, o modelo de pré-contratação. A legislação se refere a um modelo padrão de contrato, que poderá ser moldado em observância a convenção das partes. Quanto ao pré-contrato¹¹², é facultado que as partes o realizem, em razão da franqueada, não dispor momentaneamente, estruturas e formalidade legal de empresa (CNPJ), e, até a regularização efetiva, que se observem as disposições da COF, bem como, as disposições pré-contratuais (Amendoeira Jr; Tardioli; Prado, 2021).

Ao fim, constará na Circular de Oferta de Franquia, nos termos da Lei, a viabilidade de transferência de regras e obrigações a sucessores, eventuais multas e penalidades aplicadas, indenizações, a existência de compra de cotas mínimas pelo Franqueado ou por terceiros designados, condições de recusa de produtos e serviços, especificação precisa de prazo contratual e possibilidade de renovação (Brasil, 2019).

Situação importante de se analisar, quanto ao prazo de antecedência de entrega da Circular de Oferta de Franquia e respectivas consequências quanto ao descumprimento. Portanto, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 2º da lei em apreço¹¹³, sob pena da

¹¹² Trata-se de instrumento prévio, com duração limitada, acordo que agrega maior segurança às partes, pois o Franqueado terá ciência prévia das etapas a serem seguidas no contrato, a exemplo, o prazo para o franqueado constituir a empresa, o suporte recebido pela franqueadora, auxílio na escolha do ponto, obras a serem realizadas no local, cronograma de implementação, prazo de inauguração, e por outro lado, garantias ao franqueador, garantias de resarcimento, na hipótese de eventual desistência do Franqueado (Ibid., 2021, acesso restrito via

¹¹³ Nos termos do artigo 4º da Lei de Franquias, a omissão de informações por parte do Franqueador na Circular de Oferta de Franquia, implicará nas mesmas consequências dispostas no § 2º do artigo 2º da Lei em análise.

faculdade atribuída ao franqueado de arguir nulidade ou anulabilidade do contrato e exigir a devolução de eventuais quantias pagas a título de filiação ou de *royalties* atualizada monetariamente, incumbe ao Franqueador entregar ao candidato a Franqueado, a Circula de Oferta de Franquia com no mínimo de antecedência de 10 (dez) dias em relação a efetiva assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia, ou, ainda, do pagamento de qualquer tipo de taxa paga pelo franqueado ao franqueador ou empresa coligada (Brasil, 2019).

A partir de tais considerações previas, indispensável retratar o posicionamento da doutrina quanto aos tipos de franquias, de interpretação ampliativa ao disposto em Lei. Para Diniz (2003, p. 53-54), as franquias se desmembram em industriais, de comércio ou distribuição e de serviços. Na primeira espécie, utilizada na indústria alimentícia e automobilística (General Motor e Coca-Cola), intitulada de forma análoga de *franchising* de produção, a franqueadora auxilia a franqueada na construção da indústria, e posterior cessão dos segredos de tecnologia e processos produtivos, para que a Franqueada realize a venda dos respectivos produtos (Diniz, 2003, p. 54). A espécie franquia de comércio ou de distribuição¹¹⁴ não há produção pelo franqueador, mas a venda ou distribuição dos produtos idealizados pelo franqueador, ou produtos de fornecedores terceiros, devidamente credenciados pela rede franqueadora (Simão Filho, 1993, p. 46). Para Diniz (2003, p. 54), o “(...) Franqueador reproduzirá lojas, denominadas pilotos, onde experimentará fórmulas de comercialização, melhorando-as e padronizando-as” de forma a proporcionar a padronização das mesmas. Por sua vez, a franquia de serviços, em que a Franqueadora concede em favor do Franqueado, a reprodução e venda de prestação de serviços, em destaque, serviços educacionais, hoteleiro, restaurantes e lanchonetes (Diniz, 2003, p. 54).

¹¹⁴ A doutrina subdivide a distribuição pela hipótese de contrato de distribuição pela venda direta, realizada pela própria empresa fabricante, na comercialização de produtos e prestação de serviços, por pessoas designadas e subordinadas pela própria empresa ou por terceirização. Cita-se para diferenciar o sistema de franquias, as vendas diretas de marketing de rede ou multinível, em que revendedores ou consultores independentes, compram os produtos dos fabricantes e os revendem a terceiros, e, o objeto do lucro advém da venda de sua equipe, A diferença para o sistema de franquias, é a ausência de lojas físicas. Existe a hipótese de distribuição pelo próprio fabricante, de produtos em grande escala ao comércio varejista e atacado, com a alternativa, de instalar franquias, com serviço agregado e personalizado, tornando um diferencial na venda de produtos, por intermédio de terceiros franqueados (venda indireta). A exemplo, uma empresa de cerâmica, que realiza a venda para lojas de materiais de construção, e grandes atacados, e, ao mesmo tempo, realiza a abertura de franquias, para interessados, realizarem a venda em lojas físicas e personalizadas, de forma a valorizar e agregar na venda do respectivo produto (Ibid., 2021, acesso restrito via <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253728683/v1/page/RB-2.3>).

Em complemento, em descrição clássica, Lobo (1994, p. 27/230) aponta como tipos (modalidades) de franquia, a hipótese da franqueadora com lojas próprias; a franqueadora concedendo seus direitos a terceiros (desenvolvimento da área de franquia), em que o franqueador contrata empresas locais para explorar e desenvolver de forma direta sua marca; o sistema de franquia formatada (*business format franchising*), em que o franqueador transfere as técnicas industriais, métodos de administração e comercialização já desenvolvidos; e a franquia-mestre (*master franchise*), em que o franqueador (original), delega a uma empresa terceira local, o direito de expandir internacionalmente a marca a determinados franqueados¹¹⁵.

Nesse raciocínio, antes de adentrar na natureza dos princípios que regem a liberdade e autonomia da idealização dos contratos, importante apontar o fundamento legal referente a obrigatoriedade da lei, para seguir determinadas condições nos contratos de franquia. Uma delas, em destaque, nas disposições do artigo 7º § 1º, ao facultar as partes, a eleição do juízo arbitral, para fins de se dirimir conflitos (Brasil, 2019).

Com o devido respeito aos propósitos do legislador, acredita-se que a prescrição legal não avançou de forma análoga, aos propósitos de outras legislações que defendem a prática das formas consensuais de solução de conflitos em relação aos contratos. Ao permitir a faculdade do Juízo arbitral, o legislador não deixa margens, ou provoca ao intérprete, uma interpretação ampliativa forçada, do uso da mediação, e, ao destaque na presente tese, a negociação nos contratos de franquia, como formas adequadas para a solução dos conflitos neste tipo complexo de relação contratual.

Como adiante restará defendido, a negociação, sob o método da negociação colaborativa (advocacia colaborativa), como inclusão de cláusula suspensiva ao acesso à Justiça, é uma medida eficaz, para toda e qualquer submissão do conflito a esfera de terceiro, nele inclusa, na figura da heterocomposição pelo juízo arbitral.

Nesse sentido, como proposta e crítica ao texto, o legislador deveria ter incluído como permissivo, ou expressão ampliativa, além do juízo arbitral, a admissão de aplicação de formas consensuais de conflitos *ex ante* e *ex post*, conforme será defendido, quanto da aplicação da negociação nos contratos de franquia, sob uma

¹¹⁵ A distinção da espécie *Master Franchise* para a franquia tradicional (Lobo, 1994, p. 30), é a ausência de relação entre Franqueador e Franqueadas, uma vez que, o intermediário nessa hipótese, é a figura do Master Franqueador (LOBO, J. **Contrato de “franchising”**. Rio de Janeiro: Forense, 1994).

perspectiva da análise econômica do direito.

A ideia, não está em cercear tais práticas em relação aos conflitos existentes nos contratos de franquia, até porque, amplamente se difunde tais prática de forma (extra)processual em relação a todo e qualquer tipo de conflito instaurado.

Contudo, diante da invasão de territórios pelo franqueado na execução do contrato, a ausência de suporte técnico, do fornecimento de produtos, da prestação de serviços pelo franqueador, omissões recíprocas de informações, baixa rentabilidade, ausência de lucro, desvio de finalidade na execução contratual, quebra da confidencialidade na expertise, tais motivos provocam uma interação que pode se concluir por destrutiva, instalando-se a crise na execução contratual (Amendoeira Jr; Tardioli; Prado, 2021).

Por esse motivo, sem que se submeta o conflito para a mão de terceiros, em obediência a liberdade contratual e a autonomia das partes nas disposições contratuais, como forma de conclusão da justiça contratual, nada melhor, que os problemas sejam dirimidos, através dos responsáveis diretos pela sua criação, ou respectiva solução, quais sejam, as partes através de seus procuradores, pelo uso da negociação, no formato da negociação colaborativa.

Para tanto, antes de se adentrar a negociação e respectivas propostas de aplicabilidade (métodos), passa-se a discorrer acerca dos princípios pertinentes a relação contratual, notadamente, a autonomia da vontade, a liberdade contratual, e o autorregramento (material e processual), no intuito de estabelecer uma interface entre a liberdade contratual com a ideia de justiça contratual, fundamentos da aplicação da negociação como cláusula prévia contratual de acesso à justiça nos contratos de franquia.

2.4 | A AUTONOMIA DA VONTADE E A LIBERDADE CONTRATUAL COMO SUPORTE ESTRUTURAL NOS CONTRATOS

Antes de adentrar as questões de mérito que envolvem o presente tópico, é preciso esclarecer que para toda e qualquer justificativa proposta no sentido de estabelecer uma cláusula de negociação colaborativa nos contratos de franquia, como tratativa extrajudicial prévia ao acesso a jurisdição, o ponto crucial de partida relevante para fortalecer a defesa da proposta, é trazer consigo uma matriz de índole principiológica.

Isto porque, é indispensável propor como premissa, a defesa das

partes no sentido da liberdade de contratar, da forma que melhor lhes aprovou. Apesar da legislação específica, prescrever condições solidificadas para a formalização das cláusulas em relação ao conteúdo dos contratos de franquia, respectiva normativa, e a própria característica do contrato como de colaboração, permite a liberdade das partes em contratar determinadas disposições atípicas, desde que não afronte preceitos de ordem constitucional ou direitos fundamentais, a exemplo, na impossibilidade de afronta ao fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, representado pela dignidade da pessoa humana.

Prefacialmente, a vontade nos negócios jurídicos é observada sob o aspecto da eficácia jurídica, de maneira que, a possibilidade da pessoa agir de acordo com a sua vontade, através de um fazer ou deixar de fazer algo, se manifesta por intermédio da liberdade, considerado um conceito plurívoco, complexo, sob vários campos da liberdade em seus campos social, político, filosófico, pessoal e jurídico (Amaral, 2000, p. 336).

Nesse sentido, a amplitude da liberdade inerente ao sujeito, no âmbito do direito privado, denomina-se autonomia¹¹⁶ (Amaral, 2000, p. 337). Esse vasto conceito de autonomia, notadamente para o direito civil em matéria negocial, se subdivide em autonomia da vontade (liberdade individual) e autonomia privada, representada pelo poder de criar nos limites da Lei, normas, um poder jurídico de criar, modificar e extinguir situações jurídicas (Amaral, 2000).

Complementa-se, pela necessidade de não se confundir os significados das expressões autonomia da vontade e autonomia privada. A autonomia da vontade, advém da capacidade de autodeterminação, de acordo com princípios postos por si mesmo (Farias; Rosenvald, 2015). A autonomia do século XIX não buscava como causalidade, os fins do vínculo jurídico estabelecido entre as partes, ou seja, a causa motivadora do contrato era deixada em segundo plano, restando suficiente a autonomia do querer, as partes (quem contrata), e o objeto (o que querem), autonomia clássica, típica absoluta, suficiente em si mesmo (Farias; Rosenvald, 2015, p. 120).

No processo de evolução da autonomia da vontade, para a autonomia privada¹¹⁷, o contrato no modelo oitocentista, se

¹¹⁶ A expressão autonomia em sentido lato, requer uma atenção especial, de cunho filosófico. Para Kant (2007, p. 85), tratava-se de um regra prática, um imperativo, de maneira a qualificar a vontade de todo o ser racional como condição inerente a sua existência, uma proposição sintética para além de qualquer objeto físico, reconhecida em caráter apodíctico (proposição comprovada, evidente e verdadeira). (KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, Lda, 2007),

¹¹⁷ Os autores com transparência (Farias; Rosenvald, 2015, p. 120), ilustram a passagem de um modelo estrutural do contrato, como apresentado na ideia da

expressava como a voluntária submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade, concebida a autonomia da vontade subdividida em três princípios: liberdade contratual (na livre estipulação do conteúdo); a intangibilidade do pacto contratual, expressado pelo *pacta sunt servanda*, a obrigatoriedade dos efeitos do contrato, pelo simples fato de sua existência, nele representado pela consenso de pessoas livres; e a relatividade, no propósito do vínculo estabelecido entre as partes, sem afetar terceiros (estes considerados estranhos ao pactuado entre as partes) (Farias; Rosenvald, 2015, p. 120).

Portanto, a autonomia como vontade livre de contratar não se voltava para a finalidade, nela representada, pelos efeitos que poderiam surgir da criação do contrato. Nessa concepção, a autonomia privada, advém como uma proposta de transcender os efeitos para fora das partes vinculadas ao contrato. Com efeito, faz do direito privado, a submissão e principalmente, fonte de diálogo a preceitos constitucionais, na denominada constitucionalização do processo. Respectivo efeito, materializa o contrato, como um fim em si mesmo voltado as partes pactuantes (autonomia da vontade), mas também, a exteriorização dos efeitos, como um critério funcional do contrato, e não meramente estrutural. Trata-se aqui, da evolução de um contrato com fins meramente individuais, fruto do liberalismo, para um progresso de efeitos contratuais com fins sociais, solidários (Farias; Rosenvald, 2015).

Em complemento, entende-se a autonomia da vontade enquanto princípio essencial no direito dos contratos, particularizado na liberdade de contratar (Gomes, 2001). Nesse sentido:

Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. (...) A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quanto a atividade jurídica se exerce mediante contrato, ganha grande extensão (Gomes, 2001, p. 22).

Como classificação similar a apresentada, a liberdade de contratar se decompõe, pelo poder de auto-regência, nele representado pelo direito de orientar (conduzir), no poder de livre discussão (livre estipulação), e, por fim, no poder de livre escolha, na forma como se

autonomia da vontade (realização das vontades contratuais, a partir da autonomia como representação da liberdade em si mesmo, independente intervenções terceiras), para um modelo funcional, pela concepção de um pensamento civilista constitucional, evoluindo o conceito de autonomia da vontade, para a autonomia privada, a autonomia da vontade (suporte fático), com o acréscimo formal da regulamentação do contrato – não um fim em si mesmo – mas um fim regrado por matriz constitucional (FARIAS, C. C. de; ROSENVOLD, N. **Curso de Direito Civil**: contratos – teoria geral e contratos em espécie. v. 4. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015).

determina o conteúdo do contrato (Gomes, 2001)¹¹⁸.

Em passos correlatos, prossegue Wald (2000) ao propor de forma dogmática, a divisão da autonomia da vontade, na liberdade de contratar e na liberdade contratual. Aquela, como vontade expressa de realizar ou não determinado contrato (possibilidade de realizar – capacidade - legitimidade), e, por sua vez, a contratual, na possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato (fixação das modalidades de sua realização) (Wald, 2000, p. 184).

A autonomia da vontade¹¹⁹ como princípio consagrado, perpassou por ideologias filosóficas, jurídicas e econômicas, conceituado “(...) como um acordo de vontades, livres e soberanas, insuscetível de modificações trazidas por qualquer outra força que não derive das partes envolvidas (Rizzato, 2010, p. 19)”. Da vontade geral prevalecendo sobre a vontade individual, pela intervenção mínima do Estado, proposta por Rousseau no contrato social até o individualismo soberano ascendente no Código Napoleônico, tornando-se um instrumento eficaz na economia capitalista do século XIX pelo liberalismo econômico (Rizzato, 2010).

No mesmo raciocínio, enfatiza Wald (2000), que a ideia de incentivo na liberdade das partes quanto ao poder de contratar da forma mais adequada aos pactuantes, inobstante interesses terceiros, tornou-se fortalecida após o absolutismo estatal da idade média, consagrando, como dito, no século XIX, a liberdade dos homens no plano contratual, fruto de uma reviravolta do liberalismo individualista. Tratava-se, portanto “(...) de uma mística contratual, deixando ao arbítrio de cada um, a decisão de todas as questões econômicas, sem qualquer interferência por parte da sociedade (Wald, 2000, p. 184)”.

Para ilustração, a doutrina portuguesa esclarece que o negócio jurídico é uma forma de manifestação do princípio da autonomia da vontade ou princípio da autonomia privada (Pinto, 1999). Trata-se, portanto, de uma prerrogativa conferida aos titulares, de

¹¹⁸ Em posicionamento similar, a professora Maria Helena Diniz entende que este poder de autorregulamentação dos interesses das partes, envolve a liberdade contratual (tipificado pela determinação do conteúdo da avença), e a liberdade de contratar (vontade de celebrar o contrato e o poder de escolha subjetiva dos contratantes) (DINIZ, Op. Cit., 2013, p. 41).

¹¹⁹ Nos dizeres de Lopes (2001, p. 33-34), a autonomia da vontade enquanto princípio no direito dos contratos evoluiu de forma filosófica na concepção laica do direito, vinculada a razão humana, sob a perspectiva de que os seres humanos (absolutos), não estão subordinados a nenhuma vontade superior. Por sua vez, sob o ponto de vista econômico, é ligado ao liberalismo, com preponderância no século XIX, indivíduo como protetor de seu próprio interesse, inobstante vozes ou vontades terceiras (LOPES, M. M. de S. **Curso de Direito Civil**: fonte das obrigações, contratos. v. 3. 7. ed. rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001).

autorregulamentação de seus interesses, do auto governo da esfera jurídica, tipificada “(...) a esfera jurídica como o conjunto de relações jurídicas de que uma pessoa é titular (Pinto, 1999, p. 89)”.

Ademais, a liberdade contratual enquanto princípio, é observada por Pinto (1999) em matéria de contratos, na previsão legal do artigo 405 do Código Civil Português¹²⁰, estabelecendo expressamente que “(...) a autonomia da vontade encontra, nesse domínio dos contratos obrigacionais, a sua mais ampla dimensão” (Pinto, 1999, p. 92). Vale dizer, que o princípio da liberdade contratual, assim como no Brasil, absorve como pano de fundo, o princípio da autonomia da vontade das partes¹²¹.

Em complemento, nos moldes do que foi apresentado pela doutrina brasileira, observa-se em terras lusitanas, o respeito a liberdade de fixação ou formatação dos contratos e estipulação do respectivo conteúdo, tratando ainda, a omissão da legislação, porém, com o permissivo da liberdade de celebração nos contratos, notadamente, na livre vontade de aceitar ou recusar as disposições pelas quais se está a contratar (Pinto, 1999, p. 95).

Contudo, em todas as hipóteses, sabe-se que o modelo liberal utilizado para a formação dos contratos, foi objeto de evolução para uma análise social, ocasião em que, o Estado até então permissivo a todo e qualquer pacto, passa a se tornar intervencionista, e, portanto, regulador de determinadas disposições contratuais. Nesse contexto, fala-se obviamente nas restrições de liberdade contratual, para estipulações de condições contratuais, que afrontem a boa-fé, os bons costumes e a ordem pública¹²².

¹²⁰ Em observação, importante colacionar o artigo 405 do Código Civil, que remete a liberdade contratual no direito lusitano: Artigo 405º 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei (PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47344**. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49800875>. Acesso em 23 jan. 2024).

¹²¹ A correlação entre vontade (autonomia) e liberdade tem origem filosófica, e, sem adentrar ao vasto campo das expressões, destaca-se em específico, os dizeres de Kant (2007, p. 93/95), ao propor que a vontade é uma espécie de causalidade dos seres racionais, e a liberdade, propriedade da causalidade. Nesse sentido, não basta que se atribua liberdade a vontade de agir, se não tiver razão para atribuir a seres racionais. A vontade aos seres racionais, e a liberdade como propriedade da vontade. Portanto, “(...) a todo o ser racional que tem uma vontade, temos que atribuir-lhe necessariamente também, a ideia de liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir (KANT, op. cit, p. 95-96).

¹²² Nesse ponto, Wald (2000, p. 185) fala da aplicação do *ius cogens*, nele representado por um direito imperativo, de ordem pública, capaz de evitar o desequilíbrio na esfera contratual, diante de eventuais abusos na liberdade de contratar das partes (WALD, A.

A ideia de não absolutismo as normas jurídicas principiológicas é vista pela doutrina, sem qualquer receio de risco ao erro, uma vez que, não raro, os princípios se confrontam diretamente, exigindo, portanto, o temperamento do princípio da proporcionalidade¹²³ (Assis, 2007, p. 61).

Nas palavras de Pereira (2010, p. 22), dada a ausência de plenitude na realidade social, a autonomia da vontade se perfectibiliza por não absoluta, as normas de ordem pública refletem sobre institutos relevantes entre as partes, dos quais destacam-se a organização de família (casamento, filiação, adoção, alimentos), as que estabelecem ordem de vocação hereditária, organização econômica e do trabalho. Quanto aos bons costumes “(...) condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até dentro de um mesmo país e mesma época (Pereira, 2010, p. 23)¹²⁴.

Com o advento dos ideais sociais e solidaristas, observa-se um sistema de freios na liberdade ilimitada de contratar, intitulado pela expressão dirigismo contratual, haja vista os inúmeros contratos abusivos (de adesão) que diariamente se materializam na seara do direito privado, instituto da dogmática que reprime a autonomia da vontade irrestrita, expandindo às normativas de ordem pública, como forma de provocar a proteção daqueles economicamente vulneráveis (Wald, 2000, p. 185), em explícita demonstração da isonomia material.

Inobstante as restrições apresentadas, a legislação brasileira, com o advento da Lei de Liberdade Econômica, tipificada sob n. 13.874 de 2019, traz consigo os propósitos da intervenção mínima do Estado nas disposições contratuais, o que fortalece ainda mais, a liberdade contratual e a autonomia da vontade, enquanto princípios. É o que predispõe o artigo 421 do Código Civil em vigor (Brasil, 2002), ao prescrever que a liberdade contratual será exercida nos limites do princípio da função social dos contratos, e mais, em matéria de relações privadas, observar-se-á o princípio da intervenção mínima, e

Obrigações e Contratos. 14. ed. rev. atual. E ampl. de acordo com a Constituição de 1988, as modificações do CPC, a jurisprudência do STJ e o Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹²³ Para Silva (2002, p. 33), em análise acurada acerca dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem adentrar a diferenciação histórica proposta pelo autor, o conceito de razoabilidade, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade. A regra da proporcionalidade é mais ampla, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins. Suas sub-regras são a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Silva, 2002, p. 34) (SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 23-50).

¹²⁴ Como complemento, atenta contra os bons costumes (Pereira, 2010, p. 23), qualquer ato capaz de atingir situações vinculadas a moralidade sexual, respeito à pessoa humana, liberdade de culto, liberdade de contrair matrimônio (PEREIRA, C. M. da. S. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010).

a revisão dos contratos, caracterizada como exceção (Brasil, 2019).

Essa ideia que torna inconveniente os propósitos da autonomia da vontade de forma absoluta, é justificada, por exemplo, quando a atuação humana transcende aos efeitos exclusivamente patrimoniais, à exemplo, se propagando sobre áreas diferenciadas a dos contratos, atingindo o direito de família e sucessório (Assis, 2007, p. 72).

Portanto, para o texto do artigo 421 do Código Civil vigente, observa-se a autonomia privada irradiada em dois caminhos distintos, porém, harmônicos. Como dito anteriormente, nos propósitos da liberdade de contratar (a de concluir ou não o contrato – liberdade de conclusão), e, noutro sentido a liberdade contratual (fixação de conteúdo) (Assis, 2007). Trata-se aqui, na segurança definitiva proposta pela Constituição Federal, nos termos do artigo 170 ao propor o livre exercício de qualquer atividade econômica, englobando, nesse aspecto, um grau filosófico da expressão¹²⁵, a razão de ser contida na natureza e essência do ser humano (livre), e ao mesmo tempo, um grau econômico, tipificado pela iniciativa privada, quando a tomada de decisão na produção e distribuição de produtos e serviços (Assis, 2007, p. 73).

Os propósitos do artigo 421 do Código Civil foram observados pela doutrina, como verdadeiro espírito da palavra dita pelas partes dentro do pacto contratual, uma expressão ético-moral com efeitos no plano negocial:

Quanto a disciplina dos contratos, é importante remarcar, que o projeto, ao reconhecer a função do contrato, protegeu a liberdade de contratar, submetendo, no entanto, os contratantes, aos princípios da probidade e da boa-fé (arts. 421 a 426). Na realidade, toda base negocial repousa, em última análise, num princípio moral de qualquer modo, o que sobreleva nessa relação é a importância da palavra dada – o elemento fundamental na teoria contratual. O elemento ético-moral é a tônica do Código (Reis, 2002, p. 14).

É cediço que a autonomia da vontade, nela representada pela liberdade contratual, é objeto de restrições, e, portanto, não dotada de caráter absoluto, e, uma das características relevantes, como fundamento limitador da liberdade irrestrita, se aperfeiçoa na função social do contrato, que adiante se discorrerá com mais clareza.

Vale dizer que, ainda que se trate da liberdade contratual e a

¹²⁵ Para Kant (2007), um ser racional pertence ao mundo inteligível e não sensível, e, pertencendo a este mundo (razão), o homem não pode pensar em causalidades na sua própria vontade, senão sob o manto da liberdade, pois esta torna o ser humano independente das causalidades do mundo sensível. Liberdade está atrelada ao conceito de autonomia, que por sua vez, vincula-se a autonomia. Autonomia, liberdade e moralidade vinculam-se como atos volitivos dos seres racionais, em um processo de causalidade e efeitos (KANT, op. cit, p. 102).

autonomia da vontade com restrições em relação ao poder das partes em fazer ou deixar de fazer suas vontades nas disposições contratuais, a função social dos contratos vem solidificar a justiça contratual, em prol dos fundamentos de sustentação da proposta da presente tese.

É preciso lembrar, sem atingir os extremos de repetição da proposta do tema, que a negociação colaborativa, como cláusula suspensiva nos contratos de franquia, permitirá, conforme restará explanado em momento oportuno da tese, a inclinação para que as partes vinculadas ao contrato (franqueador e franqueado), possam permanecer em franca manutenção contratual, propiciando, o alcance da função social dos contratos, e mais, o que se objetiva como resposta a proposta da tese, a busca do alcance dos efeitos do contrato em prol da responsabilidade social, valor máximo da cidadania empresarial, e do alcance da dignidade da pessoa humana.

2.5 | O AUTORREGRAMENTO DO DIREITO MATERIAL AO PROCESSUAL: BASE TEÓRICA PARA JUSTIFICAR A LIBERDADE DE PACTUAÇÃO CONTRATUAL (EXTRA)JUDICIAL

Observou-se em tópico anterior, a importância de tratar da concepção lógica da autonomia da vontade, através da liberdade contratual, como justificativa jurídica e social, para a proposta de tese que ora se defende.

Como premissa, a liberdade de contratar das partes, expressada pela autonomia defendida sob matizes filosóficas (autonomia da vontade - fim em si mesmo - para a autonomia privada - concepção funcional, social do contrato), fortalece o direito das partes contratarem a partir de sua capacidade, legitimidade, na escolha de um conteúdo patrimonial/disponível, que refletirá os interesses econômicos e sociais das partes contratantes, e, a partir de então, provoque reflexos positivos na esfera de terceiros alheios ao contrato, sob uma perspectiva de função e responsabilidade social.

É o que se espera de forma introdutória. Tecer argumentos filosóficos e jurídicos, como forma de sustentação da proposta de tese que oportunamente restará discriminada: um modelo de cláusula contratual suspensiva de acesso à Justiça em contratos de franquia, nele representado pela possibilidade do uso da negociação colaborativa, como forma de se atingir a responsabilidade social das partes, nos contratos de franquia.

Como forma de corroborar a natureza principiológica contratual, no sentido de reforçar a proposta da tese, defende-se como arcabouço,

a exposição sobre o autorregramento da vontade, como suporte jurídico da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Para que não se recaia aos mesmos argumentos dogmáticos anteriormente explanados acerca da teoria da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, esclarece-se, que o objetivo proposto com o presente tópico, é o justificar de forma teórica, o poder das partes, através de suas vontades, de livre negociação, com reflexos inclusive para os conflitos predispostos *sub judice*.

É importante esclarecer de forma preliminar, que o poder de negociação das partes na esfera extrajudicial, se estendeu com grande flexibilidade, para esfera do processo, nos intitulados negócios processuais.

Portanto, se existe a possibilidade de estabelecer negócios processuais, submetidos ao crivo do Jurisdicionado para efeito de consequente homologação, o que corrobora o estímulo do Judiciário e da própria legislação processual com a política nacional de solução de conflitos, questiona-se: qual seria o empecilho/ proibição, em estabelecer uma cláusula limitativa de acesso à Jurisdição, para submissão das partes, ao poder negocial prévio, na hipótese de conflitos nos contratos de franquia?

A partir de tal indagação, reforça-se a tese permissiva do uso da cláusula, pelos institutos da autonomia da vontade, e da liberdade contratual, com a confirmação da aplicação do autorregramento da vontade¹²⁶, como regra forçosa capaz de justificar a possibilidade de aplicação da cláusula.

Diante de tais premissas, a autonomia da vontade¹²⁷ ou autorregramento da vontade é explicitado por Miranda (2000, p. 82), como “(...) o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento

¹²⁶ Para melhor esclarecer, o presente tópico terá por finalidade, traçar elementos jurídicos que relacionam o conceito de autorregramento da vontade no direito material, proposto por Miranda (2000), e, a partir de tal posicionamento, contextualizar o autorregramento da vontade para o processo, como forma de legitimar o poder negocial das partes, para uma natureza endoprocessual. Indispensável, preliminarmente, adiantar que o autorregramento da vontade não dispõe de mesma roupagem e força obrigatória com que é aplicado no direito civil, de maneira que a negociação no processo é mais regulada e restrita, o que não retira a respectiva importância, tornando-o uma das normas fundamentais aplicada ao processo (DIDIER JR, F. Princípio do autorregramento da vontade no processo civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, jul/set, p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-57/pags-167-172>. Acesso em 29 jan. 2024).

¹²⁷ No raciocínio proposto por Miranda (2005, p. 66), o ser humano sem a possibilidade de exercer a sua vontade, por certo, não é detentor de personalidade, o que se presume, ausência de dignidade da pessoa humana (MIRANDA, P. de. **Tratado de direito privado**: parte especial. v. 38. Campinas: Bookseller, 2005).

nuclear do suporte fático¹²⁸, suficiente para tornar jurídicos atos humanos, a vontade”.

Por tal raciocínio, a norma jurídica quando aplicável em relação a determinado suporte fático, em que nesse haja esteja envolvido o elemento vontade, admite-se a materialização destes suportes fáticos, notadamente pelo querer ou não querer, o que se resume a autonomia da vontade (Miranda, 2000, p. 81).

Nesse raciocínio, a manifestação da vontade, como ato *interna corporis* se manifesta por simples expressão do querer, de forma que, ao atingir interesse alheio (*alter*), indispensável que o outro da relação aquiesça com as vontades dispostas no negócio (Miranda, 2005, p. 66).

Quanto a topografia da autonomia da vontade e da autonomia privada¹²⁹, estas se encontram localizadas em um limbo, tornando-se perfeitas em um espaço livre para as vontades, e que importa para o direito (Miranda, 2000). Trata-se, portanto, de um espaço interior em relação ao movimento retilíneo das normas cogentes, um espaço em branco, rodeado de normas jurídicas que a limitam. Pode-se dizer, que o posicionamento que diferencia a autonomia da vontade, para a autonomia privada, faz concluir, que o espaço livre a que faz menção Miranda (2000) quanto a autonomia da vontade, é cercado pelas normas jurídicas, que legitimam o contrato como fonte obrigacional, e suas cláusulas, forma de materialização da autonomia privada (Miranda, 2000).

A característica do autorregramento da vontade, é fazer parte do suporte fático¹³⁰ (composição) nos atos jurídicos, como elemento

¹²⁸ A expressão suporte fático está a se referir a algo (fato, evento, conduta), que poderá ocorrer no mundo, e diante de sua relevância, incorpora-se ao objeto da normatividade jurídica. Constitui-se o suporte fático, de um conceito do mundo dos fatos e não do mundo da juridicidade, uma vez que, após a respectiva concretização no plano das realidades que o compõem, é que se pode falar na correlação ou incidência com a norma jurídica, juridicizando, e, portanto, exsurgindo o fato jurídico. Para os fatos, portanto, “(...) somente a partir da juridicização poder-se-á falar em mundo e conceitos jurídicos” (Mello, 2012, p. 73) (MELLO, M. B. de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

¹²⁹ Não há uma demonstração expressa que diferencie os institutos da autonomia da vontade e autonomia privada em Pontes de Miranda, contudo, observa-se nas entrelinhas entre manifestação interna (querer), que influenciará o *alter* (outro), para que concorde, e a autonomia privada, a consolidação expressa desse acordo, como fonte formal consolidada. Para a doutrina portuguesa (Ascensão, 1999, p. 63), a expressão autonomia privada seria a melhor forma de externalização, de forma que o intérprete possa se desapegar do dogma da vontade, tratando, portanto, de momentos distintos da manifestação da autonomia, a vontade como precedente da autonomia privada. A autonomia privada, como a ordem global jurídica permitindo que os particulares participem de sua própria ordem jurídica (ASCENSÃO, J. de O. **Direito civil**: teoria geral, ações e factos jurídicos. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1999).

¹³⁰ A esse respeito, a juridicidade somente existe, em razão da incidência da norma jurídica sobre os fatos da vida (suporte fático). Nesse sentido, nada no mundo é jurídico

nuclear da vontade, seja qual for o ramo do direito (Miranda, 2000, p. 83). O autorregramento é aplicável em franca exposição no direito obrigacional, especialmente nos negócios jurídicos, exatamente pela ideia de relação jurídica estabelecida pelas partes, e, como premissa, a vontade como elemento de existência, de toda e qualquer relação fática que importa para o direito (Miranda, 2000).

Para a teoria dos negócios jurídicos, Miranda (2005, p. 67), estabelece o autorregramento como referência a simples conclusão do negócio jurídico bilateral ou plurilateral, bem como a respectiva fixação do conteúdo. Complementa, que somente pode definir o conteúdo de determinado negócio jurídico, quem tem legitimidade para concluir (Miranda, 2005). Acrescenta-se, que a liberdade de conclusão do negócio jurídico diz respeito a hipótese de que, ninguém poderá ser constrangido, forçado, a concluir uma negociação, mesmo que se refira a contrato com determinada pessoa, desde que esta pessoa se vinculou a tratativa, de acordo com os termos (Miranda, 2005, p. 68).

Em suma, o autorregramento ou autonomia da vontade, permite com que a pessoa, consciente com o que se produzirá do ato/negócio, negocie ou recuse a negociação, tenha ou não, o direito de se vincular aos atos de disposição do acordo (Miranda, 2005). Conforme já mencionado anteriormente, a autonomia não se define como absoluta, e, “(...) a alusão a autonomia, é a alusão ao que se pode querer, dentro de certos limites (Miranda, 2005, p. 68)”.

Diante dos aportes teóricos acerca do autorregramento da vontade, defende-se como explanação, a aplicação como norma fundamental (principiológica) para dentro do processo, especialmente, como fundamento para reforçar a tese da negociação colaborativa de forma prévia como cláusula suspensiva nos contratos de franquia, em relação as discussões pela figura da heterocomposição, representada pela resposta do Judiciário na figura da sentença.

Em breve traçado, será abordado em tópico distinto durante a presente tese, se há permissão de autonomia das partes (em respeito aos limites), de negociar situações fáticas-jurídicas disponíveis de forma judicial, pela figura dos negócios processuais, o que dizer da realização das tratativas de forma prévia, utilizando-se de cláusula suspensiva de acesso à justiça, como forma de filtrar respectivas discussões ao Judiciário (via extrajudicial)? E mais, propiciar, no caso dos contratos de franquia, a manutenção da harmonia entre contratantes, a atividade econômica entre franqueador e franqueado,

pelo simples fato de existir, de maneira que, ausente previsão normativa, vontade alguma pode ser qualificada como negócio jurídico, classificando-se como mero fato da vida, sem relevância jurídica (Mello, op. cit., p. 207-208).

mantendo-se a produção-distribuição de riquezas, com reflexos positivos de natureza econômica, jurídica e social (objeto de proposta da presente tese).

Se está propiciando o autorregramento da vontade para o processo civil, na figura dos negócios processuais, o que então dizer da figura do autorregramento de vontade na esfera extrajudicial, sem que se afronte o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição? Tal resposta, permitindo-se a problemática momentânea de questionamentos, será objeto de resposta em oportunidade futura.

De todo modo, ao levantar a indagação proposta, indispensável discorrer sobre questões acerca do autorregramento da vontade na esfera do direito civil, levando em consideração, a aplicação do respectivo princípio para a esfera do direito processual civil. É preciso esclarecer que não se trata de causa final, a abordagem teórica dos negócios processuais, contudo, torna-se relevante uma abordagem do tema, como dito, com o fito de justificar a possibilidade do uso da negociação de forma prévia em contratos de franquia, como cláusula limitativa ao acesso à jurisdição, sem que ocorra qualquer hipótese de afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Conforme já explanado, o autorregramento da vontade, é aplicado em outros ramos do direito, notadamente no direito processual civil. Sem adentrar a questões de natureza histórica de forma profunda, o Código de Processo Civil revogado de 1973, já previa implicitamente como atos das partes, consistentes em declarações de vontade bilaterais, que poderiam produzir efeitos de aquisição, modificação ou extinção de direitos (Brasil, 1973)¹³¹. Tal premissa, faz concluir, por exemplo, o direito das partes realizarem autocomposição de conflitos, por vontade declarada (acordo de vontades), buscando a aquisição, modificação ou extinção de direitos (Nogueira, 2016, p. 140).

No entanto, o tema ganha relevância, antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015¹³², quando ainda estava

¹³¹ Nesse sentido, prescrevia o artigo pela seguinte redação: “(...) Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais (BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso 30 jan. 2024)”. Tamanha a força obrigatoriedade dos negócios processuais em atos de disposição, que nos dizeres de Moreira (1984, p. 98), os efeitos dispositivos nas convenções processuais, possuem eficácia, como regra, imediata, conhecendo o juiz em determinadas situações *ex officio*, inobstante a parte arguir em petição para fazer valer o negócio, exceto, quando a lei subordine o conhecimento à alegação da parte (MOREIRA, J. C. B. **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984).

¹³² Sobre a quebra do paradigma publicista do processo, o Código de Processo Civil, nos dizeres de (Redondo, 2015, p. 272), declara que a codificação partiu sob o fundamento

em discussão o Projeto Lei n. 8.406 de 2010, com a sugestão de inclusão de uma cláusula geral de negociação processual, ampliando-se então, com a aprovação do projeto, e a entrada em vigor da Lei n. 13.105 de 2015, uma ramificação de hipóteses negociais pelas partes, obediente a certos limites, em análise ao ônus, direitos, deveres, poderes e principalmente faculdades as partes, ao Juiz e auxiliares da Justiça (Nogueira, 2016, p. 140).

Apesar das inúmeras críticas ao modelo negocial na esfera processual, admitia-se a realização de negócios processuais por duas declarações de vontade, porém, caracterizada por ato uno, pois uma vez reunidas, se fundem para a formação de um ato novo (processual), e que produzirá efeitos (Moreira, 1984, p. 89)¹³³. Complementa-se ainda, a hipótese de admissão das convenções processuais (negócios processuais), ao estabelecer a distinção entre normas processuais cogentes e dispositivas (Moreira, 1984, p. 89). Nestas, em que envolve exatamente os atos de disposição das partes, por certo seriam admitidos os negócios processuais¹³⁴. Em contrapartida, as normas cogentes, a exemplo, na hipótese de negociação processual para efeito de modificação da competência do juízo (absoluta) por vontade das partes, sabe-se que a imperatividade da norma, implica o limite (restrição) da convenção, ainda que se vincule a proposta de defesa pela hipótese de vontade (autonomia das partes).

Para a dogmática contemporânea, a denominação negócio processual se materializou em virtude da definição ampla do fato processual, que ramifica-se por fatos humanos e não humanos, e, nele

principiológico da adequação, que decorre de garantias constitucionais (acesso à justiça e duração razoável do processo – arts. 5º incisos XXXV e LXXXVIII da Constituição Federal), ao impor que os procedimentos sejam os mais adequados possíveis às peculiaridades da causa, às necessidades do direito substancial proposto, às partes litigantes, para que, mediante uma prestação jurisdicional eficiente, se obtenha uma tutela efetiva. Nesse sentido, para um processo configurado como adequado, indispensável reconhecer, que tanto as partes, quanto o Juízo, são dotados de poderes para promover adaptações no procedimento (REDONDO, B. G. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC 2015. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015).

¹³³ O autor utilizava a expressão convenção processual, e, na oportunidade, citava a modificação do pedido ou causa de pedir após a citação pelo autor, desde que o consentimento do Réu, como exemplo, de negócio processual (MOREIRA, op. Cit., 1984, p. 89).

¹³⁴ Interessante reflexão trazida pela doutrina processual, quando estabelece uma relação entre a liberdade e atos de disposição no processo. A esse respeito, Araújo (2016, p. 759) invoca que “(...) a liberdade e a disposição (*Freiheitsphäre*) não são incompatíveis com normas de caráter cogente que caracterizam o direito processual civil. E mais: o objetivo do processo é justamente a realização do direito material, que em sua essência é marcado pelo poder de disposição. (...) A plenitude da autonomia da vontade deve ser garantida sempre que possível, e na dúvida a interpretação deve ser favorável à sua manutenção (ARAÚJO, F. C. de. **Curso de Processo Civil**: parte geral, atualizado com a Lei 13.256 de 2016. São Paulo: Malheiros, 2016).

compreendido os negócios jurídicos, que derivam o negócio processual (Nogueira, 2016). Nesse contexto, o negócio processual define-se:

(...) como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito, o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais (Nogueira, 2016, p. 152).

Nesse raciocínio, a título de complementação, o autorregramento da vontade para o processo civil sofre restrições, e a mediação proposta pelo legislador, serve como termômetro indispensável, para efeito de se estabelecer os reais contornos da dita autonomia para o processo em matéria negocial (Didier Jr., 2015, p. 169).

Ademais, pelo princípio do dispositivo¹³⁵, como argumento principiológico para reforçar a legitimidade dos negócios para dentro do processo (Borgo, 2019), e mais, para trazer arcabouço jurídico relevante para o autorregramento, a parte tem o direito, de forma exclusiva, ou com outra parte litigante, e devido respaldo do Judiciário, disciplinar as condutas processuais (disponíveis), através da garantia de um conjunto de normas, princípios, subprincípios, de forma que “(...) a vontade das partes merece respeito”, a ponto de tornar o processo judicial, espaço propício para o exercício da liberdade (Didier Jr., 2015, p. 170).

E mais, o Código de Processo Civil de 2015, como visto em capítulo anterior, quando das discussões teóricas acerca da ideologia da desjudicialização dos conflitos, é marcado por uma concepção voltada ao incentivo da consensualidade, especialmente, na obrigação do Estado de promover a solução consensual dos conflitos como norma fundamental (artigo 3º§§ 2º e 3º) (Brasil, 2015), tratando ainda, do estímulo das técnicas de conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (negociação), por parte dos atores e auxiliares da Justiça no processo (partes, Juiz, Ministério Público, defensores públicos). Para Didier (2015, p. 171), a autonomia das

¹³⁵ A respeito da amplitude e fortalecimento do princípio do dispositivo no processo, como modelo instrumental no Estado Democrático de Direito, no contexto publicista processual, atos de disposição e liberdade devem estar coadunados com a atuação do juiz, como ativo no processo e não mero expectador. Nesse sentido, a amplitude do autorregramento da vontade para o processo influi de forma significativa e positiva na materialização do princípio do dispositivo, jamais objeto de influência extremas no processo. Para “(...) nem a atuação irrestrita das partes, tampouco a passividade judicial [...] [Borgo, 2019, p. 35]” (BORGES, M. C. N. P. e. Convenções Processuais em Matéria de Prova: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do Processo Civil democrático, 2019. 242 p. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002955354>. Acesso em 30 jan. 2024).

partes fica vinculada inclusive, pelo direito das mesmas em não resolver o conflito pela autocomposição¹³⁶.

Para justificar a importância do consensualismo nas áreas de direito público, e a necessidade de sua aplicação, adentra-se em terreno fértil do direito penal e processual penal, falando-se em autocomposição, em situações jurídicas que até então não se via solução, que não pela figura do Estado-Juiz na figura da sentença.

Cita-se a exemplo, o acordo de não persecução cível. Nesse sentido, das evoluções proibitivas da Lei n. 8.429 de 1992 (Lei de improbidade administrativa), em sua redação original no §1º do artigo 17 (Brasil, 1992)¹³⁷, até os permissivos legais que flexibilizaram a consensualidade, neles compreendidos pela Lei 12.846 de 2013 (acordos de leniência) (Brasil, 2013)¹³⁸, e Lei 13.964 de 2019 (Pacote Anticrime) (Brasil, 2019a)¹³⁹, com as reformas do artigo 17-A da Lei de Improbidade Administrativa (artigo vetado pelo Presidente Jair Bolsonaro), entra em vigor de forma definitiva, a Lei n. 14.230 de 2021, que disciplina em definitivo o acordo de não persecução cível (Brasil

¹³⁶ Com efeito, as disposições pertinentes a audiência de conciliação e/ou mediação, em especial: Artigo 334 (...) § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual (BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 dez. 2023).

¹³⁷ Para ilustração, a redação original: Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput. (BRASIL. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm#; Acesso em: 30 jan. 2024).

¹³⁸ Nesse sentido, o dispositivo pertinente: Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1 de gosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 30 jan. 2024).

¹³⁹ A justificativa denominava-se incidência múltipla (CABRAL, 2017, p. 78), em razão de que uma mesma conduta se tipifique em infração de natureza criminal, cível e administrativa. Portanto, seria estranho que uma pretensão punitiva na esfera criminal fosse objeto de transação e na esfera cível não. Por tal incongruência, sinalizava-se a hipótese de convencionalidade na lei de improbidade administrativa, em que pese a vedação expressa (CABRAL, A. do P. Acordos processuais no processo penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 64, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255807/book_rmp_64.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024).

2021), incluindo na Lei de improbidade administrativa, as disposições do artigo 17-B¹⁴⁰.

Tratava-se, portanto, da explícita manifestação da consensualidade na seara do direito público, instituto negocial integrativo realizado entre o Ministério Público e o autor de fato ímparo responsável pela lesão patrimonial ao erário público (entes federativos) (Castro, 2021, p. 211). Qualificada como uma nova roupagem no consensualismo, capaz de conceber celeridade e eficiência na seara do direito administrativo sancionador, afastando-se, portanto, atos naturais do processo de natureza hermética, que causavam profundo entrave na resposta justa, célere e efetiva a sociedade (Castro, 2021, p. 213).

A partir de tais premissas, pelo uso do consensualismo em áreas delicadas do direito público, como é o caso do direito penal/processual penal, busca-se fortalecer com tal raciocínio, os propósitos do autorregramento das partes nas áreas do direito, que até então solucionavam conflitos pela via da heterocomposição representada pela autoridade da decisão judicial, amarga muitas vezes a uma das partes.

Pelo que se observa, é forçoso concluir, que o autorregramento da vontade é vislumbrado de forma evolutiva, de uma perspectiva até então analisada na esfera do direito substancial, para uma esfera de análise acurada para o direito processual, especialmente, o direito processual civil.

Nesse raciocínio, a proposta da presente tese se torna fortificada, na medida em que, a aplicação de uma cláusula limitativa nos contratos de franquia, submetendo as partes a obrigatoriedade do procedimento de negociação colaborativa, não afronta o princípio constitucional do direito de ação e da inafastabilidade jurisdicional¹⁴¹.

Uma das justificativas como dito, são os propósitos do uso de

¹⁴⁰ Com efeito, a nova disciplina legal do Acordo de Não Persecução Civil: Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: I - o integral resarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados (BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 30 jan. 2024).

¹⁴¹ Nessa concepção, defende-se a proposta do processo como instrumento de pacificação social pela heterocomposição, a *ultima ratio*. Para Araújo (2016) “(...) esta expressão deve ser entendida em seus devidos termos, ou seja, no sentido de que uma sociedade organizada somente deve resolver os conflitos individuais ou coletivos perante regras preestabelecidas e com respeito aos direitos fundamentais dos litigantes. E o processo civil fornece justamente este caminho, como último instrumento para a pacificação social (ARAÚJO, Op. Cit., p. 59)”.

técnicas processuais, notadamente, de aplicação das formas consensuais de solução de conflitos, e dos negócios processuais, como forma de autorregramento da vontade das partes.

Se é possível estabelecer regramentos envolvendo direitos disponíveis na esfera processual pelo uso dos negócios processuais, ou até mesmo, mediante o requerimento de suspensão do processo para tratativa de acordos, qual seria o óbice, de se valer de uma tratativa prévia extrajudicial, como cláusula suspensiva de acesso à justiça, capaz de proporcionar a negociação colaborativa, e, na hipótese de infrutuosidade da tratativa, abrir portas para a heterocomposição?

Defende-se como dito, o autorregramento da vontade, em posição metafórica, como a mola propulsora para que as partes possam entabular direitos disponíveis, com a finalidade de receber uma resposta rápida, efetiva e justa, evitando o desgaste do processo, representado pelo excesso de litigiosidade, já noticiado em tópicos anteriores.

Por derradeiro, como forma de estabelecer o entrelace entre a autonomia da vontade pela figura do autorregramento e a liberdade contratar, institutos já debatidos na presente, propondo como justificativa teórica, a liberdade das partes, a partir de suas capacidades (existência), e mais, no poder de dispor de seu conteúdo contratual, torna-se relevante reforçar de forma dogmática, a liberdade de contratar, como justiça contratual, sob a premissa de aplicação da máxima da função social dos contratos.

Mais do que tratar do poder de disposição das partes, para dirimir questões oriundas do pacto contratual, o contrato deve prevalecer como instrumento constitucional solidário, carregado de efeitos reflexos para fora das partes contraentes.

2.6 | A LIBERDADE CONTRATUAL E A CORRELAÇÃO COM A JUSTIÇA CONTRATUAL – REPRESENTAÇÃO MÁXIMA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Como premissa, o presente tópico é pertinente, para ampliar a arcabouço teórico capaz de fortalecer a proposta do uso de cláusulas prévias de acesso à Justiça, como resposta não direcionada somente as partes, considerando que a princípio, o direito tratado é de natureza disponível.

Mais do que isso, pretende-se propor a natureza social das cláusulas de negociação prévia nos contratos de franquia, como

instrumento de solidariedade social no direito privado, em observância a diretriz constitucional (Martins-Costa, 2005, p. 41) em seu objetivo fundamental proposto pelo Estado brasileiro, nas disposições do artigo 3º inciso I da Constituição Federal (Brasil, 1988), qual seja, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse propósito, a aplicação de cláusulas contratuais na atualidade, é uma predisposição estabelecida pelas partes, para interesses que transcendem efeitos para as partes pactuantes. Trata-se de entender, que o contrato, em que pese presente no ramo do direito privado, e, em grande parte entabulado para produzir efeitos em relação às partes que fazem parte da tratativa, se externaliza com seus efeitos para a sociedade, produzindo reflexos ao entorno dos efeitos provocados pelas partes pactuantes. O real beneficiado pelos efeitos decorrentes da tratativa são as partes, e por reflexo, o coletivo, a teia social, que necessita indiretamente, absorver de forma positiva, dos efeitos oriundos da contratação realizada.

Antes de adentrar no tema em específico, é preciso relembrar que a temática da liberdade de contratar, foi desenvolvida em tópico anterior, como forma de correlacioná-la com o princípio da autonomia da vontade. Observa-se como premissa, apenas para evitar a tautologia, que a liberdade enquanto princípio¹⁴², será tratada no presente tópico, como expressão da justiça contratual, baseado na máxima da função social dos contratos.

A base de sustentação teórica da proposta apresentada na presente tese, não faria sentido, se não houvesse uma exposição teórica da autonomia da vontade e da liberdade contratar, como sinônimo de amplos poderes negociais as partes em suas tratativas, e mais, dos efeitos positivos, que respectiva pactuação poderá refletir para figuras adjacentes que refletem ao contrato, e até mesmo, para aqueles que sequer souberam de sua existência, mas que serão indiretamente beneficiados com a confecção e execução do contrato.

Em complementação, Negreiros (2006) propunha a impossibilidade de aplicação da teoria privatista no direito civil contemporâneo, de forma que, no direito dos contratos, a hipótese de observação de um sujeito abstrato, pertencente a uma relação vinculada a igualdade formal, o individualismo não resiste as modificações e problemas sociais dispostos na realidade, em paralelo a

¹⁴² A doutrina contemporânea, reforça a tese de que os princípios fundamentais do direito dos contratos, nele compreendidos, a autonomia privada, boa-fé objetiva, justiça contratual e função social do contrato, compõem um núcleo, que diretamente tem por finalidade, o resguardo da liberdade contratual, na finalidade de preservação do equilíbrio econômico das prestações e a correção do comportamento das partes. Nesse contexto, concretizam-se os princípios da igualdade substancial e a solidariedade nas relações contratuais (Farias; Rosenvald, Op. Cit., p. 207-208).

profundas desigualdades sociais¹⁴³ (Negreiros, 2006, p. 5).

Buscando coligar o aspecto constitucional e funcional dos contratos, a liberdade contratual a que alude a doutrina é denominada de situada (Martins-Costa, 2005, p. 43)¹⁴⁴, aquela praticada na vida comunitária, no local onde aplicada a imperatividade normativa. Dita liberdade, nos moldes do artigo 421 do Código Civil vigente¹⁴⁵, é um elemento presente na autonomia privada, distante na atualidade, do movimento liberal oitocentista, já debatido em tópico anterior, mas vinculado a necessária ideia de natureza funcional da expressão, ampliando-se a figura da responsabilidade, que será amplamente abordada em escritos seguintes (Martins-Costa, 2005).

Há, portanto, no posicionamento atual da ideia de liberdade privatista contratual, uma conexão estrutural¹⁴⁶ entre função social, liberdade contratual e a responsabilidade¹⁴⁷, e porque não dizer, a

¹⁴³ Nesse sentido Negreiros (2006, p. 11), ao fazer menção que a constitucionalização do processo civil, na substituição do ser pela pessoa, prevalecia a ideia da liberdade individual (individualismo), e, na atualidade contemporânea, fala-se com arcebouço jurídico a figura da solidariedade social (NEGREIROS, T. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

¹⁴⁴ Portanto, “(...) enquanto a liberdade individual se dirige a um indivíduo tomado de forma abstrata e atomizada, a solidariedade social – nos quadros da ordem econômica em vigor – supõe, ao invés, a relevância da condição social do destinatário da norma e, deste modo, mostra-se incompatível com a concepção abstrata e formal de sujeito de direito (Ibid., 2006, p. 18).

¹⁴⁵ A liberdade de contratar situada, é uma forma de desenvolver a liberdade enquanto análise comunitária, no meio ambiente que cerca a aplicabilidade, uma vida concreta social, intercomunicativa, o que para Martins-Costa (2005, p. 45), intitula-se por meio ambiente ou quadro normativo (MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos, **Revista Direito GV**, v. 1., n. 1, p. 41-66, mai. 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em 31 jan. 2024).

¹⁴⁶ Sem comprometer na abordagem profunda sobre estrutura e teoria dos sistemas, por não ser este o objetivo do trabalho, porém, indispensável ilustrar os aportes teóricos de Reale (1992, p. 149/151), quando se reporta aos diversos significados da expressão estrutura (matemática, mecânica, arquitetônica), o que, para o caso em tela, preocupa-se com a estrutura da ciências humanas, importando da sociologia do século XIX, reducionista, da comunidade para a sociedade, em evolução para o conceito de estrutura funcional, de maneira que a ação se integra em um sistema normativo, conceituando a estrutura social como “(...) um conjunto de relações cristalizadas em modelos relativamente estáveis” ou “um sistema de relações-modelos entre agentes capazes de desempenhar papéis uns em relação aos outros (REALE, M. **O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992)”.

¹⁴⁷ O tema responsabilidade será debatido com afinco, uma vez que, se trata como proposta (hipótese), do problema apresentado na tese, através da responsabilidade social, como causa final da cidadania, quando da aplicação da cláusula de negociação colaborativa suspensiva de acesso à Justiça, em contratos de franquia. Essa responsabilidade social, invoca os dizeres de Jonas (2006, p. 44), quando ao fazer menção do *homo faber – homo sapiens*, questiona quem é o homem? A resposta é “(...) Nem vocês nem eu: importa aqui o ator coletivo e o ato coletivo, não o ator individual e o ato individual; e o horizonte relevante da responsabilidade é fornecido muito mais pelo futuro indeterminado do que pelo espaço contemporâneo da ação” (JONAS, H. **O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**.

responsabilidade social, provocando uma nova concepção na autonomia privada, marcadamente do fato enquanto vivência comunitária e não individual, por uma sociedade massificada, despersonalizada, complexa e assimétrica (Martins-Costa, 2005, p. 45).

Portanto, não há que se falar em autonomia privada em um conceito exclusivo às partes contratantes, mas nos moldes do direito privado funcional, de uma autonomia privada solidária (Martins-Costa, 2005, p. 47), tipificada pela conjugação da liberdade de contratar (instrumentalizada, social, que valoriza a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade), função social dos contratos e responsabilidade.

Retomando o contexto da autonomia privada das partes e a liberdade de contratar, sob uma perspectiva de proporcionar a justiça contratual as partes, como uma forma correta de distribuição equitativa de direito e obrigações das partes no contrato, define-se o princípio da justiça contratual:

(...) na composição harmoniosa quanto aos conteúdos jurídico e econômico do contrato, com base na equânime proporção entre forças antagônicas e na interação dos elementos contratuais de dimensões diferentes. No pluralismo típico da pós-modernidade, mais do que promover a justiça contratual, as normas infraconstitucionais buscam proibir a injustiça da situação revelada pelo contrato. Quer dizer, a justiça não é imposta, mas a justiça é evitada (Farias; Rosenvald, 2015, p. 209).

A partir dessa premissa conceitual, de que forma se estabelece a estabilidade das partes nas relações negociais contratuais, sem que se afronte a autonomia privada das partes? (Noronha, 1994).

Para responder a indagação, remete-se a proposta dos conceitos de justiça formal¹⁴⁸ e substancial. A primeira, representada pela preocupação em relação às partes no sentido de assegurar a igualdade na contratação (liberdade de decidir, pleno gozo das faculdades), e a segunda, por sua vez, a preocupação com o efetivo equilíbrio de

Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2006).

¹⁴⁸ Ponderação relevante da liberdade contratual como ideia de justiça, é vista por Roppo (2009, p. 37), quando retrata as funções do contrato na sociedade capitalista. Nesse modelo, entende o autor, pela aplicação da igualdade forma, esquecendo o modelo da igualdade jurídica, para a adoção de uma igualdade abstrata, igualdade de posições formais, que apesar de apresentar desigualdades gravíssimas, classificam-se como partes, contratantes que detêm a riqueza (empresário), em contrapartida do outro lado, àqueles que exercem a força de trabalho (operário). A disparidade de relações econômicas no contrato (substancialmente injustos), a doutrina busca dissimular através da liberdade de contratar e da igualdade frente à Lei, é torna-se indispensável a manifestação ideológica por tais destes princípios (ROOPPO, E. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009).

direitos e obrigações das partes (benefícios e sacrifícios em equilíbrio) (Noronha, 1994, p. 220-221).

Porém, para identificar um fiel equilíbrio entre as partes na relação contratual sob uma perspectiva de justiça, não basta a análise das distinções em formal e substancial. A partir da conceituação da justiça substancial¹⁴⁹, importa para a análise da liberdade de contratar e autonomia privada, a subdivisão em objetiva e subjetiva. A subjetiva, no sentido de atribuir as partes o direito a percepção de benefícios iguais ou maiores que as obrigações assumidas, e, por outro lado a objetiva, a parte contratante, em troca dos compromissos assumidos, a obtenção de benefícios que equilibrem estes compromissos assumidos (Noronha, 1994, p. 221).

Das conceituações de justiça contratual e respectivas ramificações, o alcance do princípio da justiça contratual é levado em consideração pela doutrina, sob uma perspectiva de análise substancial objetiva (Noronha, 1994). Contudo, observar a ideia de equilíbrio de reciprocidades nos contratos (direitos e obrigações), nem sempre pode ser socialmente conveniente, pois muitas vezes “(...) correr-se-ia o risco de suprimir a liberdade das partes e destruir a autonomia privada” (Noronha, 1994, p. 225), provocando em contrapartida, um grande risco na segurança das transações.

Indispensável, portanto, visar um ponto de equilíbrio entre a autonomia privada, liberdade de contratar, considerando-a limitada, porém, jamais excluída, pela aplicação relativa em conjunto de seus institutos (Noronha, 1994).

Dos posicionamentos doutrinários apresentados, é possível concluir, que a liberdade de contratar e a autonomia privada, até então ilimitadas enquanto elementos principiológicos para a confecção e consecução dos contratos, hoje é vista com limites e restrições, até porque, abordam-se conclusão e efetivação de direitos na contemporaneidade, sob uma perspectiva solidária e não mais individual. O ponto de equilíbrio que fomenta a justiça contratual, deve estar em compasso com a liberdade contratual e a autonomia privada (solidária), sob pena, de na hipótese de execução do contrato com paridade de armas, os seus efeitos causarem consequências reflexas negativas para as pessoas e elementos que transcendem os partícipes do contrato.

Nesse raciocínio, que os princípios da liberdade contratual,

¹⁴⁹ Para Negreiros (2006), fala-se em igualdade substancial, fundamento matriz insculpido no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal, pressuposto da justiça social, em que o contrato não deve servir de instrumento, sob o pano de fundo de uma igualdade formal, as prestações em favor de um contratante, acarrete vantagem excessiva, em contrapartida do polo contratante oposto (Negreiros, Op. Cit., p. 158).

autonomia privada, ao se correlacionarem com a justiça contratual em prol dos objetivos consagrados na Constituição Federal (art. 3º), máxima de uma constitucionalização no direito privado, devam guardar íntima relação, com o princípio da função social dos contratos. Melhor dizendo, a autonomia privada (solidária), a liberdade de contratar e a justiça contratual, se constituem de cláusulas gerais, engrenagens que devem estar *pari passu* com a engrenagem da função social do contrato, como propulsores do fiel andamento-execução do contrato em favor das partes, e daqueles que (in)diretamente dependam da respectiva confecção/execução.

Em razão disso, como dito, a função social dos contratos¹⁵⁰ desempenha um papel relevante na esfera da solidariedade¹⁵¹ em matéria contratual, circunstância como dito, vislumbrada no modelo da constitucionalização do direito civil, notadamente, explicitado com o advento da codificação civilista.

No ponto em questão, o artigo 421 do Código Civil, quando prescreve que “(...) a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” propulsiona a função social do contrato, não como forma de coibir a liberdade contratual, mas para legitimá-la (Farias; Rosenvald, 2015, p. 185). Respectiva legitimização, é possibilitar a invalidade¹⁵² de qualquer contrato a partir da liberdade de contratar, e tornar respectiva liberdade limitada, justamente para àqueles que não a cumprem (Coelho, 2005, p. 36).

Há uma necessidade, portanto, de harmonização dos princípios da liberdade de contratar e função social dos contratos, como fundamento para o fiel cumprimento da própria função social dos

¹⁵⁰ É dizer para Negreiros (2006), que o modelo previsto pela funcionalidade nos contratos, condicionamento da liberdade contratual, atribui um sentido e alcance nos contratos não somente destinado as partes, impermeável a condicionantes sociais, mas em uma sociedade, que a natureza lógica é solidária, em que não se admite, a exemplo, em obrigações creditícias, de natureza relativa, que terceiros a descumprem por não ter consentido a criação da obrigação. Ultrapassa a ideia individual voluntarista e privatista, para um modelo de solidariedade de natureza constitucional (Negreiros, Op. Cit., p. 208-209).

¹⁵¹ O significado da expressão solidariedade para Perlingieri (2007, p. 36), é aquela que, quando aplicada, possa ser vista para fins do Estado (autoritária), ou em prol da individualidade sob uma perspectiva democrática. Pode ser vista como fraternidade para uma comunidade, ou de forma egoista em relação a quem não faz parte dela. A solidariedade, com os objetivos previstos pelo modelo constitucional Italiano, nas proximidades adotada pela legislação brasileira, é aquela que supera o mito individual, concebida como o pleno desenvolvimento do homem (PERLINGIERI. P. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

¹⁵² Para Coelho, tanto é verdade, que o parágrafo único do artigo 2035 Código Civil vigente (Brasil, 2002), em suas disposições transitórias, prescreve que nenhuma convenção se sobressairá, se contrariar preceitos de ordem pública, dentre os quais, os responsáveis por assegurar o princípio da função da propriedade e dos contratos (COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil.** v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005).

contratos (Assis, 2007). Isso porque, os limites a liberdade de contratar já noticiado, implicam materialmente na impossibilidade em qualquer hipótese de alguém contratar ou ser constrangido a respectiva submissão, justamente pela função social que lhe é inerente (Assis, 2007, p. 85). O contrato ainda, atenderá a função social, com aplicação reflexa *ultra partes*, em obediência a função econômica, no sentido da promoção de riquezas pela circulação de produtos e serviços, de maneira que, o lucro não pode ser visto sob uma concepção de interesse das partes contratantes, sem atender aos anseios de terceiros (Assis, 2007).

Respectiva harmonização, permite analisar a liberdade de contratar sob duas visões, para que então, possa ser feita uma correta observação sob a função social do contrato. Nesse raciocínio, enxerga-se a liberdade contratual de forma realista e legalista (Tomasevicius Filho, 2005). Para a doutrina, a visão realista advém da autonomia, própria das concepções de Kant¹⁵³, sob uma perspectiva de que o sujeito está predisposto a se autodeterminar, inobstante o querer, a vontade ou escolha de terceiros (Tomasevicius Filho, 2005). A visão legalista, a existência da liberdade contratual, pressupõe como condição, o direito conferir legitimidade para que possa aplicá-la. Uma concessão do Estado, via competência legislativa, para que as pessoas possam autodeterminar seus negócios, liberdade esta, como dito, que se torna relativa, frente as limitações já relatadas em tópico anterior (Tomasevicius Filho, 2005, p. 203).

A liberdade é correlata com a função social dos contratos, quando observada sob uma concepção negativa e positiva. A proposta negativa, observa a função social enquanto finalidade social, ou seja, a função social em atividade prática, como instituto para o qual foi criado, produzindo os efeitos que dele se espera (Tomasevicius Filho, 2005). Por sua vez, a finalidade positiva, a função social é vista em sentido estrito, com a finalidade de buscar determinados fins, não bastando de forma suficiente, que o instituto produza respectivos efeitos e atenda os anseios das partes, mas também, que atenda os anseios da coletividade, da sociedade¹⁵⁴ (Tomasevicius Filho, 2005).

¹⁵³ A autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade, faz traduzir uma concepção de que a autonomia é dotada de propriedade por si mesma, inobstante o querer ou circunstâncias terceiras. Trata-se da máxima: “não escolher, senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal” (Kant, 2007). Um reconhecimento *a priori*, pela expressão imperativo categórico (KANT, op. cit., p. 85).

¹⁵⁴ Trata-se de uma acepção mais moderna, que desafia a concepção de que as partes de liberdade de fazer o que quiserem dentro de sua autonomia, que qualifica o contrato como parte de uma realidade maior, fator de alteração da realidade social. Reconhecê-lo no contexto social, com função de influência na vida das pessoas, permite coibir cláusulas contratuais que de forma injustificada prejudiquem terceiros, ou até mesmo, a conclusão ou execução do contrato em detrimento do interesse maior da coletividade (PEREIRA, op. cit. p. 12-13).

(...) Assim, na concepção negativa de liberdade, tem-se que a liberdade de contratar é exercida nos limites da função social do contrato. Na concepção positiva de liberdade, a liberdade de contratar é exercida em razão da função social do contrato (Tomasevicius Filho, 2005, p. 24)

Logo, o significado da função social do contrato como elemento da finalidade social, propicia ao intérprete, concluir que a liberdade de contratar está limitada a função social do contrato, cláusula geral aplicada por corolário aos ditames do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Brasil, 1942)¹⁵⁵, normativa norteadora da ordem econômica¹⁵⁶ (Diniz, 2013). Além da função econômica, dispara de forma paralela, outro efeito do respectivo princípio, a função educativa, aproximando os indivíduos, e, ao mesmo tempo, restringindo diferenças, o pensamento ético que ganha amplitude, quando o ser humano se convence da necessidade máxima de observar as normas de comportamento para um fim desejado (Pereira, 2010, p. 11).

Nessa concepção, a ideia de propor uma correlação entre a liberdade contratual e a cláusula geral da função social dos contratos, é a de fortalecer o fundamento de autonomia das partes na confecção e execução dos contratos, obediente as partes, aos ditames propostos pela norma imperativa, que, em determinadas situações relativizam a liberdade absoluta de contratar, exatamente por confrontar normas de ordem pública, direitos e garantias fundamentais, a dignidade da pessoa humana, institutos que por certo, influenciam a esfera jurídica de terceiros em matéria de criação-execução dos contratos.

Portanto, propor a criação de cláusulas, e mais, gerar a projeção consequencialista dos efeitos da execução das cláusulas contratuais, possibilita às partes, entender que o contrato, ainda que de interesse privado, deva prevalecer sobremaneira, efeitos contratuais para um contexto social, gerando reflexos para um público que transcende o alcance e sentido das disposições contratuais *inter partes*.

¹⁵⁵ Nesse sentido, a disposição legal pertinente: Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 10 de fev. 2024).

¹⁵⁶ O fim social, é apresentado por Diniz (2007, p. 170-171) sem autêntica definição legal, e, diante da configuração de um conceito jurídico indeterminado (cláusula aberta), caberá ao intérprete observar se a norma atende ao fim social, sob uma concepção de técnica teleológica, observando a utilidade da medida adotada, a necessidade social e o equilíbrio de interesses. Pode-se dizer, que a norma jurídica surge para determinado fim colimado, “(...) produzir na realidade social, determinados efeitos que são desejados por serem valiosos, justos, convenientes, adequados à subsistência de uma sociedade, oportunos (Diniz, 2007, p. 171)” (DINIZ, M. H. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007).

Como complemento dos efeitos *intra/ultra* partes em matéria funcional dos contratos, fala-se na função social interna e externa dos contratos.

A interna, indispensável que as partes, sob uma perspectiva ética de confecção e execução contratual, prevaleçam suas condutas em conformidade com a boa-fé¹⁵⁷, especialmente, o sentimento de lealdade, honestidade e de cooperação, que se devem pautar as partes na relação obrigacional (Farias; Rosenvald, 2015, p. 188)¹⁵⁸.

Em contrapartida, a função externa se verticaliza por intermédio da própria função social dos contratos¹⁵⁹, afetando a esfera de terceiros, e implicando, portanto, um comportamento solidário e cooperativo pelas partes contratantes (Farias; Rosenvald, 2015).

Em oposição, mas atuando de forma paralela em prol da fiel pactuação e execução dos contratos, a função interna¹⁶⁰ exprime a diretriz da eticidade em relação ao comportamento, e a externa, o

¹⁵⁷ Considerado *standard* jurídico, a boa-fé é profundamente estudada por Marthins-Costa (1999), ao distinguir as espécies em objetiva e subjetiva. A primeira, intitulada proteiformica, convive com um sistema aberto, que enseja uma permanente construção e controle por interpretação (Marthins-Costa, 1999, p. 413). Trata-se de uma regra de conduta fundada na honestidade, retidão, e principalmente na consideração com os interesses do *alter*, uma norma de conduta cujo conteúdo não pode ser previamente fixado, não observando a intenção, mas o sinalagma. A subjetiva, por sua vez, explicita estado de consciência, a intenção do sujeito, ou a forma convicção da parte quanto da construção e da execução do contrato, de forma que, a expressão contrária na forma subjetiva, está a má-fé, expressão intencional de lesar alguém (MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999).

¹⁵⁸ A boa-fé objetiva horizontal, referente as relações internas dos contratantes, é vista por Martins-Costa (2010, p. 399), com função tríplice, quais sejam, a de cunho hermenêutico integrativo, com ampla possibilidade de interpretação, uma vez que se refere a hipótese de complementação de toda e qualquer relação contratual, a de fonte de deveres jurídicos (lealdade, honestidade, eticidade), e, por fim, limitadora ao exercício de direitos subjetivos, haja vista que, tudo que viole o sentimento de lealdade e honestidade, não pode ser visto como papel relevante de pactuação e execução dos contratos (MARTINS-COSTA, J. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A.; TÓRRES, H.; CARBONE, P (Coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas**. 2. ed. São Paulo: Quartier latim, 2010).

¹⁵⁹ A ideia de influência terceira ao pacto contratual *inter partes* é analisada por Farias e Rosenvald (2015, p. 192), em correlação ao princípio da relatividade, no sentido de que a sociedade como regra, não pretenda afetar uma relação obrigacional em andamento. a obediência a relatividade contratual, decorre da atitude consensualista, própria de um poder disciplinador de autonomia das partes. Portanto, o intérprete deve analisar a função social sob três situações consolidadas: contratos que ofendam interesses metaindividuais ou o princípio da dignidade da pessoa humana; contratos que ofendam terceiros; e, terceiros que ofendem contratos (FARIAS; ROSENVOLD, op. cit., p. 192-193).

¹⁶⁰ A liberdade do ser humano de realizar tudo que tenha interesse, salvo se proibido por lei, encontra o respectivo limite na dignidade da pessoa humana, de forma que, a liberdade é um valor pessoal, a dignidade de amplo valor universal. Portanto, a função social do contrato é ferramenta de cunho pedagógico, remetendo-se o ser humano a condição racional, parte integrante de uma civilização (Ibid, 2015, p. 190).

critério funcional da socialidade, de forma a concluir que a boa-fé é endógena, e a função social dos contratos exógena (Farias; Rosenvald, 2015, p. 189).

Essa justificativa reforça a proposta de tese apresentada no trabalho. A elaboração de uma cláusula prévia de negociação colaborativa nos contratos de franquia, conforme já apresentado anteriormente, que atenda os anseios de franqueador e franqueado quando se fala em liberdade contratual.

Em que pese eventuais discussões acerca do poder do franqueador em relação ao franqueado, é indispensável que se diga, que o objeto da presente tese, qual seja, a negociação prévia extrajudicial de forma colaborativa, se propõe em atender a liberdade das partes no poder negocial, antes de qualquer efeito negativo às partes.

Ademais, entrelaça-se a perspectiva da liberdade das partes em negociar, com os propósitos e anseios da coletividade, de maneira que, a ideia é fortalecer a manutenção das relações entre franqueador e franqueado, o que permitirá a permanência das atividades empresariais do empregado. Com a manutenção da atividade do franqueado, mantém-se a função social dos contratos e da empresa, sob uma perspectiva econômica, em razão da manutenção da produtividade (circulação de riquezas na distribuição de produtos e serviços), sob uma perspectiva social (na manutenção e empregados).

Ademais, de forma reflexa, estende-se os benefícios aos familiares, e das pessoas que dependem destes familiares. Trata-se de um reflexo positivo, sob um contexto social, que será objeto amplo de discussão, quando da demonstração dos efeitos positivos de uma cláusula negocial prévia nos contratos de franquia, em prol da responsabilidade social da empresa.

Portanto, mais do que falar em função social dos contratos, é tratar da força dos contratos, em favor da responsabilidade social atrelada as empresas, quando da confecção, e principalmente quando execução dos contratos, notadamente, dos contratos de franquia, objeto de análise da presente proposta de tese.

O reflexo positivo de proposição de cláusula negocial extrajudicial em contratos, atende aos objetivos encartados na Constituição Federal, em especial a natureza solidária com que se defende os objetivos fundamentais nela encartados, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁶¹. Nesse

¹⁶¹ A solidariedade para Durkheim (2004, p. 47) é um fato social, nele representado pela “(...) maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações

contexto, pela função social dos contratos, especialmente, a função social dos contratos de franquia, além de fazer valer os anseios das partes contratantes, no que diz respeito aos aspectos econômicos, trabalhistas e de direito privatista (civil, empresarial), a solidariedade deve acobertar toda e qualquer hipótese de irregularidade ou abuso de direito, que permita o prejuízo de uma das partes contratantes, e, sobretudo, da sociedade em que se encontra vinculada as partes contratantes.

Antes de se discutir o término de uma relação contratual, por descumprimento de cláusulas por parte de franqueado e franqueador, permite-se a prévia negociação extrajudicial, no sentido de entender os motivos que possam levar a respectiva quebra contratual. Ademais, com o término da relação obrigacional (contratual), quem será efetivamente prejudicado no contrato? Somente as partes contratantes?

Percebe-se, que sob uma concepção de função social dos contratos, o prejuízo de uma rescisão contratual, reflete para além dos contratantes. Os familiares de contratantes, funcionários de contratantes e seus familiares, fornecedores e distribuidores de produtos que fazem parte da cadeia produtiva, prestadores de serviços (contratados/terceirizados), os consumidores do produto ou a prestação de serviço da franquia, o Estado que recebe a receita decorrente dos tributos arrecadados pela franquia, enfim, uma coletividade que provoca efeitos deletérios, quando se fala em perspectiva constitucional, de construção de uma sociedade solidária.

É preciso, portanto, enxergar as relações contratuais, desde o plantio da semente (análise pré-contratuais), até o fortalecimento do solo (disposições contratuais equilibradas), e mais, entendendo que o solo precisa de terceiras circunstâncias para que possa brotar uma planta com grau de produtividade, a exemplo, água, fertilizantes e clima favorável (terceiros que fazem parte da cadeia – consumidores, fornecedores).

Sem a construção coletiva e solidária¹⁶², representada pelo plantio da semente e respectivo crescimento, não se poderá falar em

individuais". A sociedade, portanto, é vista pelo sociólogo como um objeto a ser estudado, sob uma perspectiva externa, jamais de consciência individual intrassubjetiva, de maneira que, as formas de agir e de pensar de um tecido social, importam para o autor, se exteriores ao indivíduo, e mais, com caráter coercitivo, para efeito de ordem estabelecida nas respectivas instituições (Durkheim, 2004, p. 39) (DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**. 9. ed. Lisboa: Presença, 2004).

¹⁶² A palavra solidariedade se fortifica no contexto da função social, seja da propriedade seja dos contratos. A solidariedade, deve ser reportada sob uma concepção sociológica, nos dizeres de Durkheim (1999), mecânica (por similitudes) ou orgânica. Antes de sua concepção, a ideia de que o ser humano dispõe de uma concepção individual (estados pessoais a cada um de nós) e coletiva-comum (estados comuns a toda uma sociedade)

colheita de frutos. De forma análoga, sem a idealização conjunta do contrato, levando em consideração aspectos internos e externos, em hipótese alguma poder-se-á chegar as conclusões de que o contrato, provocou de forma satisfatória a função social, que lhe é inerente.

(Durkheim, 1999, p. 79). A simbiose do individual com o coletivo, cria a solidariedade mecânica (primitiva), que para Durkheim (1999) é um conjunto de segmentos homogêneos, com similitudes no agir, e, portanto, prevalece a consciência coletiva sobre a individual, uma vez que, facilitada a forma de identificação dos segmentos societários (povos indígenas). Em contrapartida, a solidariedade que se desenvolve à partir da Revolução Industrial, e porque não dizer nos moldes da contemporaneidade, se identifica por orgânica, dotada de membros da sociedade com papéis distintos e específicos, unidades coordenadas e subordinadas umas as outras, em torno de um órgão estruturalmente centralizado, responsável por moderar o organismo (Durkheim, 1999, p. 165). O meio natural (mecânico) é substituído elo profissional, na divisão do trabalho em classes, com funções específicas, uma cooperação que se produz de forma automática, pelo trabalho, e respectiva recompensa (contraprestação) (Durkheim, 1999, p. 166) (DURKHEIM, E. **Da divisão do trabalho social.** Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

3

A NEGOCIAÇÃO PRESENTE NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

Aliado aos fundamentos teóricos já apresentados em tópicos anteriores, pretende-se abordar nas próximas linhas, os fundamentos da negociação, como instrumento adequado a pacificação de conflitos de forma alternativa ao modelo tradicional (judicial).

A importância de tratar o presente capítulo em relação aos anteriormente apresentados, se justificativa em atenção a pretensão da proposta apresentada: o estudo da negociação colaborativa em contratos de franquia, como cláusula pré-processual limitativa de acesso à jurisdição. A negociação no presente trabalho, é a mola propulsora para a justificar a eficácia da manutenção das relações negociais empresariais, notadamente em destaque, para a manutenção das atividades vinculadas aos contratos de franquia.

Nesse aspecto, buscar-se-á discorrer a importância da negociação como método adequado de solução de conflitos, e não somente uma técnica pertencente a institutos já explicitados no cenário jurídico, como é o caso da mediação, da conciliação e da arbitragem.

No mesmo raciocínio, pretende-se ainda, discorrer sobre as espécies de negociação, qual seja, o modelo adversarial (ganha-perde) em distinção ao modelo cooperativo representado pelo ganha-ganha.

Delineada as espécies de negociação, abordar-se-á os elementos teóricos e metodológicos da negociação, em especial, na apresentação do modelo tradicional de negociação, replicado nas atividades de mediação (extra)processual, modelo idealizado por Roger Fischer, Bruce Patton e William Ury, em obra publicada no ano de 1981. Na presente, utilizar-se como referencial teórico de base, a obra do ano de 2005, traduzida para o português e intitulada *Como Chegar ao Sim: negociação de acordos sem concessões*.

Com a devida apresentação do modelo de negociação baseado em acordo sem concessões, na ideologia da negociação baseada em princípio, adentra-se aos propósitos teóricos da negociação colaborativa (advocacia colaborativa), modelo criado por Stuart Webb nos anos de 1990.

Respectivo modelo é fundamental para a presente proposta de tese, uma vez que, a partir da demonstração dos contornos teóricos e metodológicos aplicáveis na área do direito de família (divórcio), pretende-se como defesa, a aplicação da técnica-metodologia, nos contratos empresariais.

Por estar presente no modelo de negociação colaborativa, pessoas que se interrelacionam em um contexto social, em impactos emocionais de conflito, o uso do método para a seara do direito empresarial, especialmente, no que diz respeito aos contratos de franquia é viável, em razão de que em grande parte, as empresas são compostas por seres humanos, que se relacionam diariamente. Na medida em que as relações se materializam, algumas delas se tornam desarmônicas. O conflito nas relações humanas, precisa ser dirimido da forma mais viável economicamente, pelo tempo, e principalmente pelo menor desgaste emocional dos envolvidos na relação.

Nesse sentido, que far-se-á uma abordagem do processo colaborativo, representado pela negociação/advocacia colaborativa nos contratos empresariais (franquia), na demonstração de aportes teóricos e metodológicos em prol de utilização da técnica.

Ao presente capítulo, utiliza-se o método dedutivo, levando em consideração a aplicação por dedução lógica da técnica negocial, pelo formato cooperativo (colaborativo), como justificativa pela opção da escolha específica do direito colaborativo, como procedimento metodológico hábil a solução pacífica de conflitos nos contratos de franquia.

A pesquisa no capítulo, pautou-se sobre uma análise referencial bibliográfica e de natureza documental.

3.1 | O FUNDAMENTO DA NEGOCIAÇÃO: POR UMA FORMA CONSENSUAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

De forma introdutória, a noção de conflito é indispensável para se delimitar a real proposta de onde se pretende chegar nos propósitos da presente tese. Isto porque, é uma tarefa árdua identificar um conceito *lato sensu*, considerando as várias fatispécies hábeis a subsunção de um texto normativo.

Nesse contexto, o debate que circunda o conceito de conflito¹⁶³ integra-se de forma frequente na relação entre o conflito e a violência, ou na relação entre o conflito e a existência de normas de conduta (Zorrila; Soler, 2009, p. 11).

Para a hipótese de relação entre conflito e violência, entende-se que a há uma relação de implicação, de maneira que, somente se falaria em conflito, quando existente a violência. Para tal hipótese, critica-se a ideia, pois as chances de sucesso de resolução de conflito seriam nulas, dada a materialização da violência, e, em consequência, as formas consensuais de solução de conflitos restariam inexistentes, ou se existentes, ineficazes ante a materialização ou consequências decorrentes do conflito (Zorrila; Soler, 2009, p. 11)¹⁶⁴.

No que diz respeito a relação do conflito e normas, qualifica-se todo conflito como um confronto entre direitos e deveres, sujeito a aplicação do respetivo regulamento ou regra geral (Zorrila; Soler, 2009, p. 11). A exemplo, cita-se o conflito entre o proprietário e o inquilino no contrato de aluguel, ou do comprador e vendedor em relação ao contrato de compra e venda.

Em síntese, a resposta para tratar a expressão conflito como espécie, advém da expressão relação social. Observa-se a expressão relação social (gênero), do qual o conflito/relação conflitiva se

¹⁶³ A dificuldade de observação do conflito vista por Entelman (2005, p. 43), é caracterizado por adolescente, e advém da segunda metade do século XX. Pela prematuridade com que foi explorado, analisava-se o termo conflito como político, internacional, interno, de indivíduos, grupos ou classes, sem observar a natureza universalista do termo, a exemplo metafórico, na zoologia de um cavalo e um cachorro, identificá-los como quadrúpedes, agrupando-os para estudos com outros seres de mesma identidade, sem fazer menção da classe que pertencem, gênero animal, distinto do gênero que agrupam plantas e minerais. Na observação, a literalidade do texto: “(...) una zoología capaz de describir un equino o un perro como cuadrúpedos y agruparlos para sus estudios con otros individuos que poseen cuatro patas, pero sin percibirlos como una clase género animal entendido como región distintade aquellas que sólo agrupan vegetales y minerales (ENTELMAN, R. F. **Teoria de conflictos**: hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005)”.

¹⁶⁴ Nessa concepção, a tradução literal do texto: “(...) Sin lugar a dudas, uno de los aspectos que mayor incidencia ha tenido en la conceptualización de los conflictos ha sido el tema de su vinculación con la noción de violencia. Tal es el grado de relación de ambos conceptos que por momentos han sido prácticamente identificados como en una relación de implicación. Así, se ha sostenido que no hay conflicto sin violencia y que todo acto de violencia es la manifestación de un conflicto. Sin embargo, creo que esta relación plantea algunos inconvenientes que van más allá de un mero debate acerca de las palabras. En primer lugar, si para identificar un conflicto es necesario esperar a que surja la violencia, las posibilidades de éxito de una intervención quedan claramente mermadas. Y, en segundo lugar, si se aceptara tal implicación, todo método de intervención tendría necesariamente que considerar cómo se va a contrarrestar la violencia del conflicto, lo que dejaría fuera de esta categoría a gran parte de los procesos que hoy en día son reconocidos como métodos de resolución de conflictos (ZORRILLA, D. M.; SOLER, R. C. **Introducción a la argumentación y la negociación**. Barcelona: Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, 2009)”.

perfectibiliza como a espécie (Entelman, 2005, p. 48). O critério a utilizar-se para cada espécie de relação social, se configura pela índole dos objetivos que cada membro de um grupo (bons e maus, virtuosos e criminosos, homossexuais e heterossexuais, altruístas e egoístas) pretendem alcançar nas condutas recíprocas (Entelman, 2005, p. 49). Portanto, indispensável que se esclareça, que o conceito sociológico de relação social constitui o amplo campo de discussão das relações em sociedade, do qual o conflito, é uma subespécie a ser apreciada em relação ao respectivo gênero.

Para delimitar a expressão conflito, e, adiante, apresentar os fundamentos da negociação, o conflito é visto sob três relevantes características: a) é delimitado por uma relação entre dois ou mais atores (intersubjetiva), de forma a impossibilitar a pressuposição do conflito com apenas um ator¹⁶⁵; b) há uma relação de interdependência entre os atores. A satisfação dos objetivos, tem relação direta com a de outros atores. Se a conquista X do ator A, independe de qualquer relação a terceiros (ator B), não há que se falar em hipótese de conflito no relacionamento; c) os atores tem a percepção de que seus objetivos são totais ou parcialmente incompatíveis, ao ponto de considerar que a incompatibilidade, está ligada a impossibilidade de satisfação total ou parcial dos objetivos de cada ator (Zorrila; Soler, 2009, p. 13)¹⁶⁶.

Apontadas as premissas da ideia de conflito, sem o objetivo de esgotamento do tema, ante o amplo campo do conhecimento sociológico que lhe é peculiar, é importante discorrer a seguir, os fundamentos da negociação, para então, justificar a negociação, como coerente ferramenta consensual de solução de conflitos.

A negociação de acordo com Voss (2019, p. 23), serve para duas funções distintas e vitais, quais sejam, obter informação e influenciar comportamentos, incluindo, portanto, forma de interatividade em que cada parte, requer algum interesse em relação a outra. Trata-se de uma comunicação de resultados, ao ponto de entender que o conflito no contexto social é inevitável, e, portanto, é indispensável ter conhecimento de como se envolver no conflito proposto, obtendo o que se deseja, sem provocar respectivos prejuízos no processo negocial (Voss, 2019, p. 25).

¹⁶⁵ A concepção de conflito intersubjetiva, para os propósitos da presente tese, deve excluir a hipótese da intrasubjetividade, quando se utiliza a expressão da pessoa que se encontra em conflito consigo mesma (Ibid., 2009, p 13).

¹⁶⁶ Conforme adiante restará discriminado nas espécies de negociação, para Entelman (2005) quando os objetivos são incompatíveis na relação social, configura-se o conflito, ou quando os objetivos se integralizam, ou parcialmente qualificam-se por comuns, têm-se o denominado acordo (Op. cit., 2005, p. 49).

A arte de negociar¹⁶⁷, sob um contexto genérico, tem sido vista como uma excelente ferramenta para o desenvolvimento de uma vida profissional e pessoal, com gradativo valor no mundo moderno, considerando a pessoa, como ponto crucial de passagem obrigatória da respectiva relação negocial (Nielsen, 2010, p. 13).

A etimologia da palavra negociação é curiosa, e guarda relação extrema com o ato de negociar. O termo negociação advém do latim *negocium* “(...) palavra formada pela junção dos termos *nec* (nem, não) e *ocium* (ócio, repouso), cujo significado estrito é atividade difícil e trabalhosa (Nielsen, 2010, p. 13-14)”. A negociação encontra-se em amplo processo de transformação, contudo, em que pese a existência do modelo distributivo conflitivo (oportunamente apresentado), observa-se uma ampla evolução da ferramenta para o alcance de objetivos mútuos pela cooperação, colaboração ou modelo integrativo (Nielsen, 2010, p. 14)¹⁶⁸.

Como complemento, é indispensável esclarecer que as formas consensuais, ou técnica de resolução alternativas de disputas possuem raízes de natureza multidisciplinar, com bases intelectuais na sociologia, na antropologia, psicologia, economia, relações internacionais e no direito (Tartuce, 2016, p. 150)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Nos dizeres de Ríos (2013, p. 28), “(...) existe a arte na negociação, não somente porque requer a criação de um negociador como personagem da vida cotidiana, que busca interagir com outras pessoas para enfrentar problemas ou obter objetivos comuns, mas porque procura o possível”. No mesmo sentido, a tradução literal: “(...) *Hay arte en la negociación, no solo porque se requiere diseñar un negociador como personaje de la vida cotidiana que interactúa con otros para enfrentar problemas y obtener objetivos compartidos, sino porque busca lo posible*” (RÍOS, A. S. **Negociaciones Comerciales Internacionales**. Segunda edición. Prólogo de Didier Opertti Badán. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013).

¹⁶⁸ No mesmo sentido, na negociação moderna, é fundamental a satisfação de ambos os lados. A ideia geral, era a obtenção de vantagem como premissa nas negociações (ganha-perde). Aos poucos, a mentalidade foi evoluindo para o ganha-ganha. Mais do que ganhar através das divisões, é identificar as necessidades, para que se possa atendê-las, uma vez que, nem sempre as necessidades são conflitantes, mas complementares (Martinelli; Almeida, 1997, p. 22) (MARTINELLI, D. P; ALMEIDA, A. P. de. **Negociação**: como transformar confronto em cooperação. São Paulo: Atlas, 1997).

¹⁶⁹ Para Menkel-Meadow (2016, p. 47): “(...) in the law, we tend to call to call your field dispute resolution, which connotes its origins in cases and disputes or trouble cases as the legal anthropologists call it. In fact, dispute resolution is situated in a broader intellectual space of the sociology or philosophy of the role conflict. While many in the ADR field think of conflict as a problematic aspect of human life, requiring resolution or management, many social theorists prefer to see conflicts as variable: sometimes destructive, but sometimes constructive or even creative, ever an opportunity for learning and growth”. Nesse sentido, a tradução para expressar a resolução dos conflitos como vertente de várias áreas do conhecimento: “(...) Na lei, tende-se a denominar a resolução de disputas de área (campo), o que conota suas origens em casos e disputas ou casos problemáticos, como os antropólogos jurídicos a chamam. Na verdade, a resolução de disputas está situada num espaço intelectual mais amplo da sociologia ou filosofia do papel do conflito. Embora muitos no campo da ADR pensem no conflito como um

A partir da reunião de pensamentos entre juristas e sociólogos, especialmente aos seguidores do realismo jurídico norte-americano¹⁷⁰, buscou-se observar formas diferentes de interpretação da sociedade para efeito de lidar com uma variedade de conflitos sociais (Tartuce, 2016, p. 151).

Em complemento, para Tartuce (2016, p. 152), as formas consensuais de solução de conflitos provocaram frutos nos Estados Unidos, evoluindo de uma teoria de resolução de problemas (*problem solving*), para o enfoque em interesses e necessidades das partes, ganhos mútuos, participação de terceiros neutros (facilitadores), e a combinação entre a teoria dos jogos e a solução de disputas, em destaque na relação entre direito, com outra ramos multidisciplinares, como a economia, e o direito penal.

Nesse raciocínio, analisa-se a negociação, como uma das espécies de formas consensuais de conflitos, com respectivas técnicas de aplicação, diferenciando-se dos outros modelos (métodos) de solução alternativa de disputas, quais sejam, a mediação e a conciliação.

Em suma, apenas como ilustração, e para que não se adentre ao mérito das formas consensuais de solução de conflitos, tipicamente popularizadas pelas figuras da conciliação e da mediação, enxerga-se respectivos institutos, pela intervenção de um terceiro, conciliador ou mediador, responsável pela intermediação em favor da solução do conflito proposto.

aspecto problemático da vida humana, que requer resolução ou gestão, muitos teóricos sociais preferem ver os conflitos como variáveis: por vezes destrutivos, mas por vezes construtivos ou mesmo criativos, sempre uma oportunidade de aprendizagem e crescimento (MENKEL-MEADOW, C. **Dispute Processing an conflict Resolution: theory, practice an policy**. London: Routledge, 2016).

¹⁷⁰ Forma de pensamento na década de 1920, em contraponto as decisões da Suprema Corte norte americana, que defendiam os direitos adquiridos em matéria contratual, davam ênfase ao processo, e ao mesmo tempo, invalidavam regulamentação estadual e federal. Para a ideia realista, juízes obscureciam os fatores reais que operam e que incidem em casos particulares. Trata-se de um movimento contemporâneo do pragmatismo, uma análise crítica de como os juízes decidem os casos, e o que as cortes de Justiça verdadeiramente fazem. O realismo observa os magistrados sob um olhar cético, de maneira que suas decisões se materializam de acordo com que os fatos provocam em seus ideários, e não em função das regras gerais que levariam a determinados resultados particulares. O fato para os juízes, se sobreponha a Lei, de maneira que, a decisão final não seria proveniente da aplicação da norma, mas de fatores psicosociais, ideologia do magistrado, seu papel institucional, com influência na sua personalidade (GODOY, A. S de M. O Realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional, **Revista de Direito Econômico e Tributário**, v. 2, n. 1, Jan/Jun (2007). Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/issue/view/277>. Acesso em 24 fev. 2024).

Para distinguir com brevidade a figura da conciliação e da mediação, as disposições do Código de Processo Civil, explicitam com o advento da Lei 13.105 de 2015 (Brasil, 2015)¹⁷¹, que o conciliador atuará nas causas em que não houver vínculo anterior entre as partes, ao passo que na mediação, o mediador atua em uma relação que as partes previamente já se tiveram contato.

Em virtude da ausência do contato prévio com as partes¹⁷², observa-se ao conciliador, uma atividade com maior iniciativa e proposital no processo negocial, buscando apresentar propostas para a autocomposição do conflito, bem como comentar sobre os riscos em relação a não autocomposição, e respectivas consequências pessoais e judiciais que poderão se materializar (Moraes, 2016, p. 267).

O papel do mediador¹⁷³, apesar de conhecedor prévio do conflito proposto pelas partes, serve-se como “(...) um veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito” (Didier Jr, 2015a, p. 276), ao ponto de fazer com que as próprias partes identifiquem eventuais formas de solução do conflito entabulado. Na

¹⁷¹ O Código de Processo Civil vigente, nas disposições do artigo 165, demonstra a subjetividade, as figuras do conciliador e mediador, de forma a distingui-los no procedimento de solução do conflito, vejamos:

Art. 165 (...)

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes concilitem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 dez. 2023).

¹⁷² Essa menção a ausência de contato anterior com as partes (Moraes, 2016, p. 267), é vista nos conflitos objetivos, decorrentes de relações de consumo (massificação de demandas entre bancos e milhões de clientes, planos de saúde), ou, no caso de conflitos individuais decorrentes de acidente de trânsito, situações em que não estarão envolvidas, a princípio, questões emocionais complexas e antigas (MORAES, P. V. D. P. Novo Código de processo Civil – o Ministério Público e os Métodos Autocompositivos de conflito – Negociação, Mediação e Conciliação. In: ZANETI JR, H; CABRAL, T. N. X (Coord). **Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodv, 2016).

¹⁷³ Para Spengler (2017, p. 30), a mediação é um processo em que uma terceira pessoa busca mediante a realização de troca de conversas (informações), ao ponto de não intervir no processo de comunicação das partes, ofertando liberdade as mesmas, no procedimento de tratamento do conflito. É um papel secundário o do mediador, com decisão limitada, não permitindo posições unilaterais de solução do conflito, ou imposição de respectiva decisão, mas tão somente sugestões (SPENGLER, F. M. **Mediação de conflitos:** da teoria à prática. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017).

mediação, o mediador é a ligação harmônica entre as partes, cumprindo a tarefa de propor um ambiente construtivo, através de regras do diálogo, oportunizando a escuta ativa das partes como regra (Moraes, 2016, p. 266).

No Brasil, observa-se na doutrina, e, com certa particularidade na legislação processual, a partir do advento da legislação processual de 2015, a utilização das formas consensuais de solução de conflitos, o incentivo pela aplicação das técnicas da autocomposição (mediação e conciliação)¹⁷⁴, e até mesmo da figura da arbitragem na figura da heterocomposição.

Tal concepção é detalhada, nos propósitos principiológicos prescritos nas normas fundamentais¹⁷⁵ e respectiva aplicação em relação as normas processuais, em especial, o estímulo da legislação processual vigente as técnicas de autocomposição como premissa, em destaque nas disposições do artigo 3º do Código de Processo Civil. Cabe ao Estado, nele representado pelo Poder Judiciário, e, se permitir, a sociedade, promover sempre que possível, a pacificação dos conflitos de forma consensual.

Por outro lado, deixa-se em segundo plano, a negociação como forma consensual de solução de conflito na legislação processual¹⁷⁶, apenas mencionando no artigo 166 § 3º do Código de Processo Civil, a admissibilidade do uso da negociação como técnica, com o objetivo de

¹⁷⁴ Por ilustração, Didier Jr (2015a, p. 275), destaca em uma de suas obras, a mediação e a conciliação pelas quais um terceiro (mediador ou conciliador), intervém no processo negocial, de forma a entender, que a negociação faz parte de uma técnica da mediação ou da conciliação, e não propriamente como se defende na presente tese, umas das formas consensuais de solução de conflitos (DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador; Ed. Jus Podivm, 2015a).

¹⁷⁵ Tendência do Pós-Guerra, em estabelecer a confirmação do Estado Democrático de Direito, e o afastamento do absolutismo no Governo dos Estados, observou-se a pretensão de interpretação das normas infraconstitucionais, sob uma perspectiva Constitucional, a exemplo, a necessária interpretação do Código de Processo Civil, a partir das disposições constitucionais, ou seja, observar o processo civil à partir do direito fundamental ao devido processo legal, a isonomia (paridade de armas), ao contraditório formal e substancial, a ampla defesa, a cooperação/collaboração de todos que fazem parte do processo, a duração razoável do processo, mediante resposta justa e adequada, e uma resposta mediante decisão fundamentada. Trata-se, portanto, em analisar o processo (constitucional), não somente sob uma concepção de relação jurídica (aspecto interno - estático), mas uma visão externa e dinâmica, observando a ideia de processo e procedimento em uma visão ampla (Marinoni; Arenhart, Mitidiero, 2015, p. 485-486) (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015).

¹⁷⁶ Em referência a legislação, o artigo 3º §1º, admite a arbitragem como forma de heterocomposição de conflito, nos termos da legislação específica, e, no § 3º deixa clarividente, o estímulo das práticas da conciliação e da mediação, deixando de forma implícita, a expressão “e outros métodos de solução consensual de conflitos”, para fazer referência, por exemplo, a negociação como forma consensual de solução de conflitos (Brasil, 2015).

proporcionar ambiente favorável a negociação¹⁷⁷, qualificando-a por parte da doutrina, como técnica integrante aos procedimentos da mediação e da conciliação (Araújo, 2016, p. 702). Os próprios Tribunais utilizam a técnica ou método da escola de *Harward* da negociação¹⁷⁸, como critério, no desenvolvimento de etapas, para um resultado de sucesso no processo de mediação ou conciliação¹⁷⁹.

Contudo, conceitua-se a negociação, como mecanismo de solução de controvérsias, em virtude do qual, as partes envolvidas no conflito de interesses realizam propostas, recebem contrapropostas e mutuamente permitem concessões, de forma direta ou por meio de representantes¹⁸⁰ (Ríos, 2018).

A negociação ainda é vista como um processo ou técnica de resolução de conflitos, em que as partes diretamente buscam resolver as divergências de interesses e percepções, justamente pelo fato de se

¹⁷⁷ Para Araújo (2016, p. 702), a negociação não se confunde com a mediação ou a conciliação, mas aplicável como componente estratégico da autocomposição. O conciliador ou o mediador, poderão se valer de técnicas de negociação que poderão auxiliar na busca de solução dos conflitos. Para o autor, exige-se por parte do conciliador ou do mediador, ampla capacitação, para efeito de utilizar a melhor técnica, hábil a pacificação do conflito (ARAÚJO, op. cit., p. 702).

¹⁷⁸ Em tópico posterior, respectiva técnica será apresentada, pois, trata-se de prática amplamente utilizada nos Tribunais, para efeito de solução alternativa de conflitos. Nesse sentido, “(...) a negociação é uma verdade da vida. (...) Todo mundo negocia algo a cada dia. (...) A negociação é um meio básico de conseguir o que se quer de outrem. É uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 15) (FISCHER, R.; URY, W; PATTON, B. **Como chegar ao sim:** negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005).

¹⁷⁹ Para Tartuce (2016, p. 152-153), a obra *Como Chegar ao Sim*, datada de 1981, de autoria de Roger Fischer e William Ury, atualizada em 1991 com a colaboração de Bruce Patton, trata-se de uma relevante publicação acerca de princípios relevantes para a teoria da negociação, a exemplo, a mudança da posição para a atenção aos interesses, separar pessoas dos problemas, inventar opções para ganho mútuo e afastar a barganha (TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016).

¹⁸⁰ Considera-se uma das espécies do gênero formas consensuais de solução de conflitos ou métodos adequados de solução/resolução de conflitos, aliado a mediação, a conciliação, a arbitragem e o procedimento judicial. Nesse sentido, é cediço que seu âmbito é servir para a solução de controvérsias, e como dito, para alguns, ferramenta inclusa na mediação/conciliação para a satisfação de conflitos. Reduzir a negociação a uma área restrita, dada a amplitude e multidisciplinaridade do instituto, seria limitar o desenvolvimento, e desconhecer que concomitante as suas várias funções, é possível aplicar a negociação com êxito nas relações, visando a realização de objetivos que envolvem várias pessoas, ou até mesmo, a realização de projetos e relações de grupos/comunidades/países, a exemplo, no caos de um projeto mineralício em que se envolvem o meio ambiente, a sociedade, comunidade ribeirinhas, a economia (lucro) e provedores tecnólogos (RÍOS, A. S. **Negociação e teoria dos jogos** [livro eletrônico]. Tradução Ricardo Serrano Osorio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Acesso restrito via: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/132799443/v1/document/145888246/anchor/a-145888246>).

criar, manter ou evoluir para um relacionamento embasado na confiança (Bacellar, 2012, p. 119). Diante de um conflito, é indispensável pensar, que as partes dispõem de determinados valores a preservar, e que necessitam manter seus relacionamentos, de maneira que, uma decisão judicial, da forma como virá para as partes, certamente provocará um rompimento indesejado na relação (Bacellar, 2012, p. 120).

Nesse sentido, o raciocínio que pretende se defender como premissa, é a utilização da negociação, não somente como técnica para a mediação e a conciliação, mas sim, comprovar a negociação, dentro de suas espécies oportunamente discorridas em tópico seguinte, como forma consensual de solução de conflitos, ladeada da mediação, conciliação e arbitragem¹⁸¹.

É preciso firmar o posicionamento de que a negociação se considera como um método adequado de solução de conflitos, e, mediante a eficácia das técnicas hábeis que lhe são inerentes, sua praticidade enquanto método e técnica, é aplicável em outros métodos (conciliação e mediação), como forma de pacificação alternativa de conflitos.

Portanto, ao caso em tela, recorre-se ao raciocínio de que a negociação, ao lado da mediação, conciliação e arbitragem, configura-se como espécie, do gênero formas consensuais de solução de conflitos.

Mais que uma espécie de método adequado de solução de conflitos, defende-se como proposta, a negociação como o instrumento de maior eficácia para a solução de determinado conflito, notadamente, para a delimitação do que se pretende discorrer, qual seja, nos contratos de colaboração - o contrato de franquia.

Nesse aspecto, as partes, legitimadas e detentoras de seus riscos e problemas, na figura de um conflito instaurado, são as que melhor entendem do problema, para efeito de respectiva solução. Nada melhor que os titulares do problema, para entender os interesses opostos em discussão, e, a partir da transparência nas relações, identifiquem dentro das técnicas da negociação, a forma pacífica mais adequada diante do conflito entabulado.

Com os propósitos de estabelecer a negociação como método

¹⁸¹ O destaque da presente defesa apresentada, é reforçado por Bacellar (2012, p. 120) ao propor que “(...) a resolução dos conflitos, inicialmente, deve ser buscada pelos interessados”, ao ponto de considerar como obrigação recíproca entre as partes interessadas, a condução inicial das disputas, qualificando como um dever das partes, para que então, na hipótese de infrutuositade, excepcionalmente, se apresenta ao Judiciário o conflito presente (BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012).

adequado de solução de conflitos, e não somente como uma técnica inserida dentro da mediação ou da conciliação, a negociação¹⁸² “(...) é um processo bilateral de resolução de impasses ou de controvérsias, no qual existe o objetivo de alcançar um acordo conjunto, através de concessões mútuas (Pinho, 2012, p. 757)”.

A negociação, como dito, percorre por caminhos multidisciplinares, e se perfectibiliza nas práticas mais comuns do dia a dia, a exemplo, na relação entre o recém-nascido e a mãe no processo de amamentação (Martinelli, 1997). Para a criança, em que pese a ausência de consciência do que está a praticar, desde já, realiza um processo de negociação com a mãe para ser amamentada, em troca do silêncio e tranquilidade, de forma que ambos no respectivo processo, atingem um ponto de satisfação comum, dada a realização de seus desejos básicos (Martinelli; Almeida, 1997, p. 21).

Em contrapartida, utiliza-se a negociação para dirimir conflitos na complexa solução de um crime de sequestro e cárcere privado¹⁸³. Para o negociador (policial), o processo envolve tamanha aptidão técnica e devidos cuidados, para que alcance de forma comum, em face ou a favor do criminoso, a solução amigável do conflito vivenciado, a fim de que o direito maior (a vida), permaneça incólume.

De forma mais ampla, a negociação é plenamente executada nos conflitos estabelecidos entre países, na hipótese de materialização da quebra de diplomacia, ou até mesmo, na hipótese da existência de guerras externas, com a finalidade de coibir os posicionamentos conflitantes, as barreiras econômicas, e permitir a manutenção das relações comerciais, sociais e de natureza de convivência de cidadãos originários (estrangeiros), nos países destinatários¹⁸⁴.

¹⁸² Para o autor (Pinho, 2012, p. 757), a negociação tem pontos fundamentais de vantagem, exatamente por privilegiar uma resolução de natureza pessoal, discreta, rápida, buscando preservar a manutenção da relação dos envolvidos, e, com destaque, evitar as incertezas e os custos do processo judicial (PINHO, H. D. B. de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

¹⁸³ Para Voss (2019, p. 21), era preciso superar o modelo tradicional da negociação baseada em princípios, do modelo de Harward, na negociação entre reféns, em virtude das frustradas operações negociais em 1992 (Fazenda Ruby Ridge em Idaho) e 1993 (propriedade de Ramo Davidiano) em Waco no Texas. O FBI nos primeiros anos experimentou técnicas terapêuticas, como premissa de que todos desejam ser compreendidos e aceitos, de forma que o negociador tem de escutar atentamente o sequestrador, demonstrando empatia. Trata-se da denominada empatia tática, “(...) escutar como se fosse uma arte marcial, equilibrando os comportamentos sutis da inteligência emocional e as habilidades assertivas da influência para obter acesso à mente da outra pessoa (Voss, p. 23). (VOSS, C. **Negocie como se sua vida dependesse disso**. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Sextante, 2019).

¹⁸⁴ A relação entre conflito e o direito internacional tem por finalidade estabelecer a regulação da vida social, no intuito de excluir ou limitar o uso da força, o que para o direito penal se traduz pelo exercício arbitrário das próprias razões (Casella, 2019, p. 191). O autor estabelece uma relação histórica da formação de mundo pela globalização

Portanto, a negociação demanda tamanha importância como técnica hábil a satisfação dos conflitos, dada ao propósito de aplicabilidade prática, desde às formas mais comuns de vivência, até as formas mais complexas de satisfação de conflitos.

Por estes motivos apresentados, é mais que suficiente, a sustentação da proposta da negociação como método adequado de solução de conflitos por vários motivos, dentre eles: a) a essência enquanto forma hábil de solução de conflitos, a origem de qualquer forma satisfatória de solução de conflito se dá pela negociação, utilizando-se, portanto, de técnicas, nos mesmos moldes da mediação e da conciliação; b) a compreensão de que a mediação e a conciliação se tornam perfectibilizada pelas intituladas técnicas de negociação, que sob o ponto de vista da presente proposta, é uma das formas de solução de conflitos, ao lado da conciliação e da mediação; c) a legislação processual que torna perfeitamente admissível, o uso da mediação e da conciliação como métodos autocompositivos de satisfação de conflitos, admitindo-se o uso de outras formas, a exemplo a negociação; d) a amplitude da expressão negociação, como forma de tratativa comercial, resolução de problemas familiares, satisfação de crimes complexos como o sequestro, e, ao caso em tela, forma consensual de satisfação de conflitos em matéria de direitos disponíveis.

É possível nesse contexto, plenamente propor a negociação como forma consensual de solução de conflitos, para que, adiante, se estabeleça uma análise das espécies ou estratégias negociais, e, mais adiante, se descreva a proposta da negociação colaborativa, como a forma mais adequada na solução de conflitos em matéria de contratos de franquia.

dos povos, uma história geral e universal globalizada, que para o direito internacional, deve ser aplicada de forma análoga na ordenação da vida em sociedade. Entre a boa lei (*eunomia*) e a falta de lei (*anomia*), o direito internacional deve superar e ordenar a convivência supostamente desorganizada. Cita-se ainda por Casella (2019), obra clássica de Voltaire, quando faz menção a negociação entre russos e chineses na solução negociada de controvérsias entre as nações. Na luta pelas divisas fronteiriças, que à época utilizaram de mecanismos alternativos de solução de conflitos, a língua (latim), foi o fato fundamental para dirimir os conflitos e delimitar as terras, reivindicando a Deus, não reiterar quaisquer práticas de guerra, para a defesa de territórios (Casella, 2019, p. 220) (CASELLA, P. B. Negociação e conflito no direito internacional – cinco mil anos de registro na história, **Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo**, v. 114, p. 185-230, jan./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/176583>. Acesso em 24 fev. 2024).

3.2 | DAS ESPÉCIES DE NEGOCIAÇÃO PRESENTES NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Diante da demonstração da negociação como forma consensual de solução de conflitos, é indispensável apresentar aportes teóricos sobre as espécies de negociação, das quais, com o devido respeito formal, podem denominar-se de estratégias, para então, permitir identificar a escolha de uma das espécies, como a mais adequada aos propósitos estabelecidos na presente tese.

Nessa concepção, pelas estratégias, materializadas por um meio (instrumento), permitem com que as partes alcancem seus objetivos almejados, levando em consideração as condições e circunstâncias pelas quais se desenvolvem o processo de negociação e o negociador (Ríos, 2013, p. 115).

Em suma, não há uma estratégia boa ou ruim. Para Ríos (2013, p. 115), diferem do enredo de uma novela ou de um filme, quando se aguarda que alguém lhe apresente o desfecho das palavras finais do enredo. Diferentemente das criações artísticas, que muitas vezes são julgadas pela sua originalidade, criatividade ou ousadia, nas estratégias, o ponto crucial é a efetividade, em especial, no ponto de encontro entre o negociador e o meio em que está envolvido (Ríos, 2013, p. 116).

(...) Uma estratégia de negócio é um plano de articulação de táticas ou comportamento específico que uma pessoa usa para alcançar um acordo no processo de negociação que seja favorável a seus interesses, ao País, e empresa ou cliente para quem trabalha (Ríos, 2013, p. 116)¹⁸⁵.

Nesse raciocínio, as estratégias são fórmulas, técnicas ou instrumentos hábeis para o alcance da melhor solução do conflito proposto. Conforme já apresentado, dada a natureza multidisciplinar da negociação, como forma de solução de disputas em variados contextos, a exemplo, no meio familiar, nas empresas, nas relações comerciais de compra e venda, nas relações internacionais entre Países, no desfecho da resolução de crimes, é possível entender que as estratégias são variadas, e as respectivas espécies jamais se esgotam.

No entanto, indispensável que se apresentem as principais espécies de estratégias negociais, como *standard* para a utilização de

¹⁸⁵ Nesse sentido, a tradução literal da obra: “(...) Una estrategia de negociación es un plan de articulación de táticas o comportamento específico que una persona usa para lograr un acuerdo en el proceso de negociación que sea favorable a sus intereses, al país, empresa o cliente para quien trabaja (RÍOS, op. cit., 2013, p. 116).

subespécies, em critério mais aprofundado de pesquisa. Saliente-se, que o objetivo da presente proposta, é a demonstração das espécies comumente utilizadas, para que então, se estabeleça os reais propósitos da pesquisa.

Pela espécie ou estratégia competitiva, representada pela popular expressão do ganha perde, estima-se que uma das partes da relação negocial deva ganhar. Há uma obtenção de vantagens unilateral em detrimento de satisfações mútuas, ao ponto de considerar os sujeitos da relação, intitulado como adversários (Rios, 2013, p. 116). Trata-se, portanto, da obtenção de uma relação singular, quando não se pensa na construção coletiva social, mas tão somente, no alcance de um objetivo individual e específico, pautado na lucratividade¹⁸⁶.

Em complemento, pela competição, as pessoas consideram a hipótese em que uma pessoa tem que ganhar uma certa quantidade programada (sempre quer ganhar), ao ponto de que, a reiterada obtenção de êxito do negociador nas tratativas, implica no afastamento da outra parte ao processo negocial. Nesse tipo de negociação, as relações pessoais não importam, uma vez que não é o propósito pretendido, mas exclusivamente a obtenção de lucro, em detrimento do direto empobrecimento da parte adversária¹⁸⁷ (Tijerina, 2016, p. 54).

Subjetivamente, na negociação competitiva¹⁸⁸, por certo o

¹⁸⁶ Nesse sentido, a tradução da literalidade do texto: “(...) *Esta estrategia estima que una de las partes debe ganar; obtener ventajas, antes que mutua satisfacción. Los sujetos son considerados como adversarios. Particularmente se emplea cuando la relación es singular y no se piensa crecer o construir un mercado, sino solo obtener un lucro determinado o alcanzar un objetivo específico e individual. La temporalidad de la relación hace aconsejable esta estrategia* (Ibid, p. 117)”.

¹⁸⁷ Na tradução do texto: “(...) *De esa forma, en la primera postura, las personas consideran la negociación como una competición en la que hay que ganar una determinada cantidad (ellos siempre quieren ganar); por lo que, una vez que el negociador competitivo vence, la otra parte no está dispuesta a volver a negociar. Por lo tanto, en esta clase de negociación no importan las relaciones personales, ya que esa no es la finalidad buscada, sino simplemente conseguir la mayor ganancia de ese proceso en particular* (TIJERINA, E. S. C. **La Cláusula med-arb em la actualidad> mediación y Arbitraje vinculados**, 2016. 431 p. Tese (Doutorado em DRET Patrimonial) – Universitat Pompeu Fabra – upf, Barcelona, 2016. Disponível em: <https://repositori.upf.edu/handle/10230/26143?locale-attribute=es>. Acesso em 03 mar. 2024).

¹⁸⁸ Exemplo pertinente de negociação competitiva, na estratégia de liberação competitiva idealizada pelos Estados Unidos (Escritório de Comércio dos Estados Unidos), para fins de internacionalização e domínio de mercado externos. Na oportunidade das negociações, pretende-se com a negociação, atrair países latinos americanos, para efeito de assinatura de acordos bilaterais, sob o risco de permanecer isolado de uma das maiores economias do mundo (Rios, 2013). Nesse sentido, a tradução do texto: “(...) *Un ejemplo de este tipo es la «estrategia de liberalización competitiva» diseñada por la Oficina Comercial de los Estados Unidos de América para sus políticas de internacionalización y dominio de los mercados externos. Esta estrategia plantea la promoción del libre comercio*

resultado de toda e qualquer negociação dependerá como condição *sine qua non* a capacidade do negociador, na expressão literal do pegar ou largar, na perfeição de um jogo de soma zero (Ríos, 2013). Dentre as características pertinentes ao modelo competitivo, destacam-se; a) a ausência de distinção entre as pessoas e os problemas; b) a vitória é o principal objetivo, em detrimento da derrota do opositor (Ríos, 2013, p. 117).

Há quem se refira na negociação pelo modelo ganha-perde, na expressão barganha distributiva ou barganha competitiva¹⁸⁹, técnica pela qual os objetivos finalidades de uma parte se encontram em notória oposição com as da outra. Os recursos são limitados, e cada uma das partes busca maximizar respectivas vantagens, na retenção criteriosa de informações, para se atingir a melhor vantagem possível (Lewicki, 2014, p. 29-30).

(...) A essência de uma barganha distributiva é a competição, que decide quem levará o máximo de um recurso limitado, normalmente dinheiro. A concretização dos objetivos de uma parte ou de outra, depende das estratégias e das táticas que cada uma adota (Lewicki, 2014, p. 30).

Portanto, pela competição voltada a negociação distributiva¹⁹⁰, o objetivo é a lucratividade unilateral, pelo maior rendimento possível, a maximização do valor obtido através do menor número de transações

global bajo el liderazgo de los Estados Unidos de América. Ella busca atraer a los países latinoamericanos a firmar acuerdos bilaterales bajo la amenaza del riesgo de quedar aislados de la economía más poderosa y rica del mundo (RÍOS, op. cit., 2013, p. 117).

¹⁸⁹ Todo o negociador para Lewicki (2014), se familiariza com a barganha distributiva ou competitiva por três razões: pela interdependência, que faz com que o negociador entenda os mecanismos envolvidos, o caráter distributivo para se sair bem na negociação; pelo fato das estratégias e táticas na barganha distributiva serem executadas pelos negociadores, indispensável que os envolvidos saibam neutralizar os efeitos inerentes a esta espécie de barganha; ao fim, reconhecer o valor, a chamada reivindicação do valor, estratégias de como criar o valor e a reivindicação desse valor, de como o valor é criado e distribuído. Portanto, reconhecer as estratégias e táticas da negociação integrativa distributiva é importante e útil, no entanto, acima de tudo, os negociadores precisam reconhecer o lado contraproducente e caro, que provoca resultados inesperados, sacrificando os interesses comuns, detrimento na prioridade das diferenças (LEWICKI, op. cit., p. 30)

¹⁹⁰ Para Villarij (2018, p. 49), de forma ilustrativa e no mesmo raciocínio, a negociação distributiva é o marco natural da distribuição de valor, de maneira que, as partes tratam da divisão de um objeto de valor, ou espécie fixa valorativa, sendo usual que cada negociador do polo, pretenda obter a porção maior do todo, convertendo o processo de negociação, em um corte adversarial ou competitivo. Em resumo, uma parte se beneficia de forma relevante, em detrimento da perda drástica suportada pela parte contrária. A tradução literal se faz pertinente: “(...) *La negociación distributiva es el marco natural de la distribución de valor. Las partes tratan de dividirse el valor existente –el objeto a distribuir se presenta como un valor fijo–, siendo lo usual que cada participante pretenda hacerse con una porción mayor, lo que convierte el proceso de negociación en un proceso de corte adversarial y/o competitivo. En base a este esquema, una parte perdería automáticamente, lo que la otra se atribuya de más* (VILLARIJ, M. **Negociación de Disputas Legales**: a sombra del litigio. Barcelona: JMB Bosch Editor, 2018)”.

possíveis¹⁹¹. No presente caso, o relacionamento com a parte oposta da negociação é o que menos importa, e a reivindicação do valor, após a respectiva criação, torna-se fator de prioridade (Lewicki, 2014, p. 30).

No mesmo raciocínio, para Cohen (1990)¹⁹², o negociador na estratégia competitiva, observa ao que lhe cerca, como se quase tudo fosse uma batalha constante, razão pela qual, ou se ganha, ou se perde. O negociador, pela metáfora, é um lutador teimoso, que busca satisfazer seus anseios pagando qualquer preço para o fim colimado, sem qualquer preocupação com necessidades, ou reciprocidade da parte contrária, considerando a vitória, uma grande satisfação (Cohen, 1990, p. 100).

O modelo de abordagem competitiva (ganhar-perder) é intitulado por Cohen (1990, p. 101), como estilo soviético, uma estratégia orientada para o interesse próprio, peculiar da figura dos líderes soviéticos¹⁹³. Caracteriza em seu ponto de vista, um comportamento

¹⁹¹ Na negociação integrativa, de forma metafórica, as partes buscam o crescimento de um bolo de forma comum, ao passo que na distributiva, cada parte reivindica o maior pedaço (fatia) do bolo para si. Nessa concepção, a tradução do texto: “(...) *integrative negotiation is making the pie bigger. Distributive negotiation about getting a bigger piece for oneself* (Raiffa; Richardson; Metcalfe, 2002, p. 97)”. Os autores, ao se reportarem pelo método competitivo, exemplificam uma negociação da Casa Elmtree (*Elmtree House*), casa de passagem que abrigava jovens para apoio solidário, e que foi objeto de especulação de compra para a construção de um condomínio por parte de uma construtora. Entre idas e vindas no processo de negociação, verificou-se, que das estratégias adotadas, o vendedor determina seu preço de reserva (valor mínimo), para em seguida observar o preço que o comprador está disposto a pagar. Ato subsequente, o vendedor revisa suas táticas para as próximas negociações, observando a retórica preliminar (abordagem inicial), quem deve comparecer a negociação, onde negociar, jogadas de abertura, quem deve começar, como o outro da relação deve reagir na contraproposta. Nesse sentido, afirmam os autores, que dificilmente há um afastamento do processo negocial, quando existente uma zona positiva de possível acordo (*zone of possible agreement - ZOPA*) (RAIFFA, H.; RICHARDSON, J.; METCALFE, D. **Negotiation Analysis: The Science and art of Collaborative Decisive making**. Cambridge: Harvard University Press, 2002).

¹⁹² Nesse sentido, a transcrição do texto proposta por Cohen (1990, p. 100): (...) *El negociador competitivo ve casi todo como que toda la vida es una batalla constante en la que se gana o se pierde. Es un empecinado batallador que busca satisfacer sus propios objetivos a toda costa, sin preocuparse de las necesidades o la aceptación de los demás. No tiene dudas de que tiene razón en esa convicción y enfoque de las cosas. A una persona semejante, cada victoria le produce una inmensa satisfacción* (COHEN, H. **Todo es negociable: como conseguir lo que se quiere**. Sexta reimpressão. Barcelona: Planeta, 1990).

¹⁹³ A partir da apresentação do modelo de estratégia, Cohen (1990, p. 101), faz uma provocação ao leitor, indagando a forma de identificar quando o negociador adota respectiva modelo? Para exemplificar, o negociador estilo soviético dificilmente se identifica, considerado esperto em demasia para se apresentar como tal. Com aparência humilde, atencioso, simpático pelo semblante, a um primeiro momento, demonstram-se preocupados com a necessidade do outro. De forma figurativa, carregam uma bíblia na mão esquerda, e uma garrafa de água benta pendurada na cintura. Com a mão direita, lhe abençoam, e depois murmuram benignamente: vai com Deus, meu filho.

personalíssimo em relação ao comportamento da outra parte, traçando seis passos para a demonstração do estilo soviético: 1) praticam posições iniciais extremas, iniciando a negociação com exigências intransigentes ou ofertas insignificantes que afetam de forma direta, a expectativa da outra parte; 2) a autoridade dos negociadores é limitada para concessões, considerando-se restrita ou quase zero; 3) praticam táticas emocionais destoadas do razoável, de forma que seu sangue corre para o rosto, as vozes aumenta, de volume, e se tornam enfurecidos e perplexos, pelo fato de estarem sendo aproveitados; 4) qualquer concessão realizada pelo oponente é visto como fraqueza, de forma que, não há qualquer retribuição do negociador soviético, a concessões realizadas pela outra parte; 5) quando realizam concessões, demoram para fazê-las, e quando materializam, trata-se de uma ínfima mudança na sua posição; 6) pouco se importam aos prazos, são pacientes, e agem como se o tempo não fosse importante a eles¹⁹⁴.

Depois que eles vão embora, você percebe o sangue escorrendo pela sua perna, então você observa a dificuldade para tirar o casaco, por conta do estilete que ficou preso nas suas costas. Só então você murmura: maldito seja, soviético! Depois que eles desaparecem, é difícil fazer alguma coisa. A literalidade do texto, segue para fins de conferência: (...) Obviamente, nunca tratan de mostrarse tal cual son. Son demasiado astutos como para desenmascararse como – soviéticos -. Aparentemente humildes y considerados, parecen interesados en las necesidades de los demás. Se encuentran con usted con una sonrisa en los labios y un billo cálido en los ojos. Figuradamente, llevan una Biblia en la mano izquierda y un frasco de agua bendita colgando de la cintura. Com la mano derecha, le bendicen y luego murmurán benignamente: Vete con Dios, hijo mío. Después de que se han retirado, usted se da cuenta de que ke corre um hilo de sangre por la pierna, entonces, le resulta difícil quitarse el abrigo por el estilete que le han clavado en la espalda. Únicamente, entonces usted musita: maldito seas , soviético! Nesse sentido, Cohen (1990, p. 1001) é incisivo em não pretender ofender o povo soviético, mas dar destaque a estratégia dos negociadores daquela região: (...) Não me entenda mal. Não me refiro a uma forma de negociação nacional ou étnica. Estou falando de um estilo de negócios que nada tem a ver com geografia. Há pessoas com excelentes origens locais, pessoas que todos conhecemos, que tentam operar no estilo soviético. Na observação, a literalidade do texto: (...) No me entienda mal. No me estoy refiriendo a uma manera nacional o étnica de negociación. Hablo de um estilo de negociação que nada tiene que ver com la geografía. Hay gente com excelentes antecedentes locales, gente que todos conocemos, y que trata de operar al – estilo soviético” (Ibid., 1990, p. 101).

¹⁹⁴ Nesse raciocínio, a tradução da abordagem: “(...) Todos los soviéticos, ya sean de Moscú ou madrid, usan los mismos seus pasos en su baile negociador: 1 Posiciones iniciales extremas: siempre empiezan con demandas intransigentes u ofertas ridículas que afectan el nivel de expectativa de la otra parte. 2 Autoridad limitada> los negociadores tienen poca o ninguna autoridad para hacer concesiones. 3 Táticas emocionales. Se les sube la sangre a la cara, aumentan el volumen de la voz y actuán exasperados, horrorizados, de que se estén aprovechando de ellos. De vez en cuando, se retiran indignados de una reunión. 4 Las concesiones del adversario consideradas como debilidad. Si usted cede y les concede algo, lo más posible es que no actúen a la recíproca; 5 mezquinos en sus concesiones. Demoran hacer cualquier concesión y cuando finalmente la hacen, ésta sólo refleja un minúsculo cambio en su posición. 6 Ignorar las fechas límite. Tiendem a ser pacientes y a actuar como si el tiempo careciera de importancia para ellos (Ibid., 1990, p. 101)”.

Pelo que se depreende das análises dogmáticas na concepção da negociação pelo modelo competitivo, não há preocupação do negociador nesse formato com o ganho mútuo, ou qualquer relação de empatia com a outra parte, tipificada por oponente ou adversária. A “cereja do bolo” nesse modelo de negócios, é o alcance da maior fatia do bolo, sem qualquer empatia para se saber, qual a extensão ou tamanho da fatia que restará a parte contrária, se é que restará nesse modelo competitivo, fatia ou porção mínima a parte contrária.

Por outro lado, pela negociação cooperativa¹⁹⁵, representada pela expressão ganha-ganha, o resultado que se pretende alcançar, deve ser aquele que proporcione benefícios aceitáveis para todas as partes envolvidas na negociação (Cohen, 1990). O conflito se considera uma parte natural da condição humana, e caso seja observado como um problema a ser resolvido, podem ser encontradas soluções criativas visando o fortalecimento de ambas as partes, o que culminará no fortalecimento da relação entre as partes que negociam (Cohen, 1990, p. 125)¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Denominado comumente pelo modelo de negociação integrativa, para Villarij (2018), a finalidade neste modal “(...) é aumentar o valor do objeto que se negocial em prol da coletividade que faz parte da negociação. Nesse contexto, deve-se analisar os possíveis significados da palavra valor, já que, importante estabelecer a distinção entre o valor monetário atribuído a determinado objeto, comumente conhecido como valor de mercado, de caráter quantitativo, frente ao denominado valor intrínseco, que consiste na apreciação com base em critérios não exclusivamente monetários, muito embora ambas as modalidades (distributiva e integrativa) possam integrar o valor que pode ser agregado a negociação. Portanto, as partes devem dividir o valor dos objetos sobre os quais tentam buscar o acordo, o que não impede que as mesmas busquem o mesmo processo de negociação em favor do aumento desse valor. A prática integrativa se torna efetiva, quando as partes, ao final da negociação, se deparam como uma divisão comum (partilha), com benefícios maiores, aos que encontraram quando do início da negociação. Nesse sentido, a tradução do texto: “(...) *Las partes deben repartirse el valor de los objetos sobre los que intentan pactar, lo que no debería impedir que el proceso negociador sea utilizado para aumentar dicho valor. Las negociaciones integrativas pueden calificarse de realmente exitosas cuando al finalizar los negociadores han aumentado el valor que encontraron al empezar a negociar* (VILLARIJ, Op. cit., p. 49-50)”.

¹⁹⁶ Destaca-se como exemplificação para Cohen (1990, p. 125), o exemplo do bolo, como exemplo de atitude cooperada na negociação. Para o autor, no conflito entre um Sindicato e seus Associados, em um processo competitivo, se o Sindicato vencer, os salários perdidos pelos associados durante a greve, serão de maior graduação de perda, do que fazendo as reivindicações sem a existência de greve. Se não houver greve, propondo-se um clima de confiança, os envolvidos podem chegar a um acordo, que permita as partes conseguirem seus objetivos almejados. Apesar, disso, vislumbram-se greves, em que não somente os associados e os sindicatos perdem, mas a sociedade (público, economia e interesse social). A reposta para a continuidade destes movimentos contrários a cooperação, se dá pela analogia do bolo. Quando se converge para um montante fixo e começam a se discutir, reivindicar questões pelo todo, não se observa o lado criativo para efeito de resultados positivos. Por outro lado, deve-se observar os interesses como complementares, e questionar, qual a forma de fazer o bolo crescer, para que todos tenham maior margem de benefícios? Conclui o autor, que como a natureza não torna todos os seres humanos iguais, as necessidades de uns, não

Trata-se de uma relação de negociação, mesmo quando inexistentes táticas superiores a existente (superlativas). Uma estratégia cooperativa é sólida quando, apesar de realizada e materializada, não se observa o vitorioso. Pretende-se alcançar resultados positivos, sem a pretensão do uso de táticas extraordinárias, e até mesmo fazer com que o lado oposto da negociação, sinta-se bombardeado pelos propósitos da negociação. É recomendável se evitar qualquer hipótese de jogada de mestre, com a finalidade de ganhar posições nessa espécie de relação negocial (Ríos, 2013, p. 117)¹⁹⁷.

Pela cooperação, a negociação é vista sem a presença de ganhadores ou perdedores, mas uma comunhão de vontades a fim de que as partes envolvidas obtenham o melhor resultado proposto em prol do todo. O negociador na respectiva estratégia, entende que os participantes da negociação devam ganhar de forma coletiva, na pretensão da manutenção de relacionamentos sociais e econômicos entre as partes envolvidas (Tijerina, 2016, p. 54).

Respectiva finalidade de manutenção da harmonia entre os negociadores, tem por objetivo a permanência de relações futuras (Tijerina, 2016, p. 54), entendendo que no processo, mais do que uma relação momentânea, com base em benefícios individuais e lucrativos, as partes almejam em conjunto, perspectivas solidárias para a

necessariamente, serão as necessidades dos outros. Em consequência, é possível que se obtenha o êxito, através da negociação na comunhão de interesses. Nesse sentido, a tradução do texto: “(...) *Después de llegar a un punto muerto en las negociaciones, un sindicato se declara en huelga. Si el sindicato gana, los salarios perdidos durante la huelga, la patronal perderá más que el costo de conceder las demandas sin la huelga, si no hay huelga, en una atmósfera de confianza, pueden alcanzar un acuerdo que permita a ambas partes conseguir lo que quieren. A pesar de esta lógica, continuamos presenciando huelgas en las que no sólo pierden la patronal y los sindicatos, sino también el público, la economía y el interés nacional. Por qué suceden? Tal vez parte del problema es la analogía del pastel. Cuando convergimos en una suma fija y empezamos a discutir las demandas, contra-demandas, conclusiones y ultimátus, no hay muchas posibilidades de un resultado creativo. En cambio, deberíamos ver nuestros verdaderos intereses como complementarios y preguntarnos mutuamente: como podemos llegar a hacer el pastel más grande entre todos, de modo que tengamos todos más margen? Obviamente esto no sólo se refiere a las relaciones laborales, sino a todas las negociaciones en que las relaciones sean permanentes. Si usted piensa un momento, verá que cubre prácticamente cualquier negociación. Ya que la naturaleza no hace a todos los seres humanos, iguales, sus necesidades y las mías no son normalmente idénticas. En consecuencia, es posible que ambos podamos alcanzar una victoria en caso de negociar*

¹⁹⁷ Na observação, a tradução do texto: “(...) *Están interrelacionadas, aun cuando una buena estrategia no dependa de táticas superlativas. La esencia de una estrategia sólida es conseguir todos los objetivos sin que parezca que hemos ganado; es decir, sin espectacularidad táctica. Una buena estrategia de negociación es llegar a resultados positivos sin táticas extraordinarias o sin hacer que nuestra contraparte se sienta bombardeada por nuestros movimientos envolventes. Es preferible evitar táticas extraordinarias o «golpes maestros», para ganar posiciones en la mesa de negociaciones*

(RÍOS, op. cit., p. 117)”.

construção positiva de suas atividades, em uma relação de interdependência¹⁹⁸.

Indispensável analisar antes de qualquer estratégia-tática de negociação, o compromisso de uma das partes em relação aos próprios interesses, em detrimento das perspectivas de interesses inerentes a outra parte do polo negocial. Em determinada negociação, é preciso que se esclareça que não há necessidade de identificação da figura subjetiva de perdedor e vencedor, de forma que as partes envolvidas na relação se consagrem vitoriosas (Lewicki, 2014, p. 66). Em substituição a expressão do ganha-perde, leva-se em destaque a negociação cooperativa, representada pelo ganha-ganha.

Para o procedimento da negociação integrativa ou cooperativa, os negociadores atuam de forma intensa e com assertividade para superar fatores e pontos opinativos contrários, buscando identificar o lado comum da iniciativa das partes, entendendo o contexto, e o processo de negociação como um todo, na pretensão de obter a cooperação e o comprometimento de todas as partes (Lewicki, 2014, p. 66). Nesse contexto, para Lewicki (2014, p. 68), os principais fatores para o processo de contextualização do modelo cooperativo são a criação de um fluxo de informações, o esforço para entender os objetivos e necessidades do outro lado da negociação, o destaque nos aspectos comuns entre as partes, e a busca de solução solidárias que auxiliem no alcance dos objetivos propostos. Em suma, “(...) a criação de um processo de identificação de problemas, a compreensão das necessidades e interesses de ambas as partes, a geração de soluções alternativas, e a escolha das melhores soluções (Lewicki, 2014, p. 68)”.

Portanto, quando o negociador permanece em um processo intrassubjetivo, abstraído aos propósitos da negociação, como uma forma de negligenciar o plano e desenvolvimento das estratégias apresentadas, por certo que o modelo cooperativo restará

¹⁹⁸ O traço característico de uma negociação é a necessidade de ambas as partes atingirem os objetivos-pretensões (Lewicki, 2014, p. 11). As partes precisam coordenar suas ações para atingir as metas ou tomar a decisão de trabalhar em conjunto quando o resultado próximo na negociação se sobressai em relação a condutas individuais. Nesse sentido, quando as partes dependem uma das outras para buscar o resultado almejado, fala-se em partes interdependentes. Uma parte é independente, quando consegue atingir suas satisfações sem a intervenção de terceiros. Por sua vez, consideram-se dependentes, quando há uma hipótese de subordinação umas às outras em atenção aos objetivos almejados. Por outro lado, pelo critério da interdependência, os objetivos são interligados, há uma relação comum e reciproca para se atingir determinado objetivo, sincronizando, tempo, conhecimento e esforços. É preciso que se esclareça, que ter objetivos interdependentes, não reflete a necessidade de objetivos análogos. Cada integrante do grupo, tem suas próprias necessidades, mas todos tem de trabalhar de forma cooperada, em busca do mesmo resultando, podendo caracterizar objetivos ora convergentes, ora conflitantes, porém, com o mesmo fim colimado (LEWICKI, R. J. **Fundamentos de negociação**. Tradução Félix Nonnenmacher. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014).

comprometido em razão da necessária relação com a outra parte da relação negocial.

Nesse contexto, delineadas as principais espécies de negociação, notadamente, pelo modelo competitivo adversarial (ganha-perde), e do modelo não adversarial cooperativo (ganha-ganha), é indispensável que discorrer, que os propósitos de defesa da proposta da presente tese, adotam o modelo cooperativo, como justificativa em favor da negociação facilitada de conflitos na seara dos contratos empresariais de franquia, como estímulo de aplicabilidade da responsabilidade social da empresa, objetivo de alcance máximo da cidadania empresarial.

Passa-se, portanto, a discorrer acerca dos elementos formais e metodológicos no processo de negociação, como forma de identificar um modelo técnico coerente, para se atingir o fim colimado, qual seja, a fiel pacificação dos conflitos de forma cooperativa/colaborativa.

3.3 | OS ELEMENTOS FORMAIS E METODOLÓGICOS PRESENTES NA NEGOCIAÇÃO

Contextualizado o fundamento da negociação, de forma a demonstrá-la como forma consensual de solução de conflitos, notadamente, na forma pré-processual, e diante dos aportes teóricos das espécies de negociação pelo modelo competitivo e cooperativo, é indispensável discorrer acerca do caminho metodológico pertinente ao processo de negociação.

Isso porque, o ato de negociar como forma consensual requer mais do que estratégia. Requer como premissa, a observância de determinados critérios, que sem eles, em grande parte o processo negocial torna-se frustrado, ou até mesmo, resultado de um modelo ganha-perde, resultado que não se defende na presente proposta de estudo.

Nesse sentido, o modelo metodológico regularmente difundido para fins de negociação, replicado nas atividades de mediação (extra)processual, foi idealizado por Roger Fischer, Bruce Patton e William Ury, em obra publicada no ano de 1981. Na presente, utilizar-se a obra do ano de 2005, traduzida para o português e intitulada *Como Chegar ao Sim: negociação de acordos sem concessões*.

A respeito das relações humanas no processo de negociação, determinados elementos são necessários para facilitar a metodologia do processo em busca do êxito. Nesse sentido, a gentileza no comportamento da negociação, em determinada hipótese pode ser útil

como estratégia (relações familiares), e, ao mesmo tempo, permitir com que o processo negocial se torne vulnerável em relação a outra parte, caso esta adote uma posição áspera, irredutível de concessões¹⁹⁹ (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 26).

Nessa linha de raciocínio, para se observar o processo de negociação, torna-se indispensável a análise de dois níveis: a substância (objeto do acordo ou do contrato – salários – cláusulas contratuais) e o procedimento (a forma de negociação – afável ou áspera). Entre a participação como amigo ou adversário, o acordo comum ou a vitória, fazer ou exigir concessões, confiar ou desconfiar do outro lado, ofertas ou ameaças, insistir no acordo e ceder a pressão ou insistir na posição e exercer a pressão, as conclusões do procedimento negocial serão distintas (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 27).

Para uma solução metodológica entre os posicionamentos antagônicos, adota-se a utilização de uma terceira via, qual seja, a negociação baseada em princípios ou negociação dos méritos, utilizando-se de 4 premissas fundamentais clássicas (Fischer; Ury; Patton, 2005)²⁰⁰: a) separe as pessoas dos problemas; b) concentre-se nos interesses e não nas posições; c) crie uma variedade de possibilidades antes de decidir o resultado da atitude; d) insista para que o resultado tenha por base um padrão de natureza objetiva (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 28).

A partir de tais pressupostos metodológicos em prol da efetividade do processo negocial, entre os problemas antagônicos do negociador afável e áspero, apresenta-se como solução o método

¹⁹⁹ As concessões podem ser vistas no processo negocial, como o oposto da barganha posicional, que cria estímulos conflitantes e paralisa o processo de resolução de disputas. Na barganha posicional, analisam-se posições extremadas, com poucas ou quase nulas as concessões, de forma que, quanto mais extremada e menores as concessões, maior o tempo e esforço despendido para se chegar ao acordo (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 24) (FISCHER, R.; URY, W; PATTON, B. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005).

²⁰⁰ As quatro fatias das proposições fundamentais baseadas em princípios, leva em consideração o caminho procedural por três etapas: análise, planejamento e discussão. O primeiro passo é colher as informações (opções sectárias – íntimas, amigáveis) emocionais e de comunicação sem clareza, identificando-se os interesses e a probabilidade de critérios e opções para um acordo. Quanto ao planejamento, o negociador irá perpassar pelos quatro pontos fundamentais, propondo como indagação, a forma como se vai lidar com os problemas, e quais os interesses reais (objetivos)? A partir de tais indagações, geram-se opções adicionais, levantando-se critérios adicionais (objetivos), para futura tomada de decisões. Por fim, na discussão, as partes comunicam entre si em favor do acordo, utilizando-se da mesma forma, dos quatro pontos cardeais, para que diferentes pontos de vista, raiva, frustração, dificuldades de comunicação, sejam amplamente abordados. Nesta fase, cada um dos lados, devem entender os diferentes interesses, para que então, possa se gerar opções mútuas e vantajosas, no sentido da conciliação dos interesses objetivos (Ibid., 2005, p. 31).

baseado em princípios.

Portanto, na dicotomia entre participantes amigos (afável) e participantes adversários (áspero), a solução é a participação comum de ambos para a solução dos problemas. Entre o acordo como meta ou a vitória, a solução é um resultado sensato, eficiente e amigável para ambos os contextos. Entre as concessões amplas para manutenção de relacionamentos, e a exigência de concessão unilateral em detrimento da aceitação de outra parte, a solução é separar as pessoas do problema, de forma a tornar-se afável com as pessoas e áspero com o problema. Quanto a fazer ofertas ou ameaças, a solução é explorar os interesses. Entre aceitar perdas (concessões) e exigir vantagens (negando concessões), crie opções de forma a permitir aceitações mútuas. Diante da aceitação do acordo, e da insistência na barganha posicional, estabeleça critérios objetivos e padronizados, ou seja, entre a luta pela vitória, e a aceitação da derrota, busque um resultado pautado em padrões, inobstante qualquer vontade subjetiva (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 30).

Ao retomar os propósitos metodológicos dispostos pelos quatro pontos fundamentais da negociação, é indispensável tratá-los de forma pormenorizada.

Separar as pessoas, e concentrar-se nos problemas, é pensar na negociação como objeto, especialmente para que se entenda, que uma das principais finalidades do processo negocial, é a harmonia nas relações e a respectiva permanência, notadamente, nas atividades empresariais (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 38). A exemplo contrário, cita-se a preocupação nas pessoas, na negociação entre uma empresa e o empregado, em que se atribui determinada tarefa em outro setor, dada a competência notória do empregado, e este absorve a transferência de setor como retaliação ou perseguição na atividade laboral (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 35). Para a problemática apresentada, muito mais do que se preocupar com os interesses entre trabalhador e empresa, a prioridade errônea, foi dada as pessoas e subjetividades, o que por certo dificulta a negociação.

Em relação ao método, o primeiro ponto fundamental é representado pela seguinte assertiva: separe as pessoas dos problemas²⁰¹.

²⁰¹ Ataque o problema, seja rigoroso com em relação aos interesses, e atue com tranquilidade e afabilidade em relação as pessoas. Seja gentil e escute o outro lado, de forma a mostrar que o outro lado também tem um problema e deve ser resolvido. Para Fischer, Ury e Patton (2005, p. 73), a combinação entre apoio e ataque leva a incoerência, e a partir daí, promove-se o lado positivo na negociação. Trata-se para a psicologia, da teoria da dissonância cognitiva, ao ponto de considerar a incoerência como algo negativo, o que faz com que as pessoas a eliminem. Criticar os interesses da parte contrária, e ao mesmo apoiar, permitirá com que a parte se dissocie do problema,

Como premissa, todo o negociador analisa dois interesses: o da substância e o da relação. A substância, na pretensão de atingir a satisfação de seus interesses, e, portanto, por este motivo se negocia. De forma paralela, além da satisfação, a manutenção das relações no processo negocial, é o resultado que também se pretende, pois mais do que uma negociação bem sucedida, que atenda o anseio das partes, a relação entre as partes deve permanecer duradoura, para efeito da continuidade de negociações e tratativas futuras, mantendo-se a cadeia produtiva, familiar, conforme a espécie de relação negocial que se vivencia (Fischer; Ury; Patton, 2005, p.38).

A problemática se instaura, quando a substância do processo negocial (objeto do problema), se confunde com a relação das pessoas, ao ponto de tratar o problema e as pessoas como entidade única. Essa confusão, por certo, provoca o conflito de interesses (Fischer; Ury; Patton, 2005, p.38)²⁰². Da análise entre substância e relacionamento pessoal, busque lidar com o problema de forma direta, sem objetivar a solução com base em concessões substantivas (Fischer; Ury; Patton, 2005). Em uma análise formal de categorias para efeito de identificação do caminho correto, na perigosa trilha dos conflitos sociais, utiliza-se a percepção, a emoção e a comunicação. A diversidade do campo de conflitos (problemas), recai sobre uma dessas categorias (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 39).

Pela percepção, no ato de compreender o pensamento da outra parte, o fato de pessoas divergirem, leva-se a ideia de posicionamento antagônicos, e, por consequência, a probabilidade de discussão, diante da subjetividade dos posicionamentos no conflito (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 41). Portanto, a capacidade de um negociador, deve ser a de enxergar não somente a subjetividade de seus interesses, mas em uma visão de empatia, analisando aquilo que a pessoa do outro lado vê. Não basta enxergar que as partes dispõem de argumentos divergentes. A empatia, representada pelo sentir o ponto de vista do

permitindo a união das partes, em prol da solução do conflito. Apoio e ataque de forma isolada, não traz a luz a um ambiente vertiginoso, tornando-se indispensável que atuem em conjunto (Ibid., 2005, p. 73).

²⁰² Um exemplo citado pelos autores quanto a confusão entre o problema (substância) e as pessoas no seu relacionamento, quando da ocorrência de determinada greve, o líder sindical questiona a um dos trabalhadores, quem teria sido o responsável pela iniciativa do protesto? Em resposta, um dos trabalhadores confessa a iniciativa, afirmando que estava sofrendo perseguição por parte do empregador, em razão de atribuições de tarefas reiteradas, como um ao de perseguição manifesta do empregador. Por outro lado, o empregador, sem que soubesse da revolta do operário, afirmou que a indicação reiterada para o exercício da tarefa, somente foi feita pelo fato do superior acreditar na competência e presteza de excelência do empregado, acreditando que a nomeação seria bem aceita pelo empregado. Eis a ilustração, de que as questões substantivas se confundem com as psicológicas, de maneira que as pessoas extraem de comentários e boatos, inferências infundadas, passando a trata-las como verdades (Fischer; Ury; Patton, op. cit., p.35).

outro lado da mesa, é indispensável como percepção (Fischer; Ury; Patton, 2005). Para os autores, “(...) não basta estudá-los como se fossem besouros sob a lente de um microscópio; você precisa saber como é ser um besouro (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 41)”²⁰³.

Em ato contínuo, pela percepção, não deduza as intenções e propósitos da outra parte, a partir de seus próprios medos, de forma a resultar uma interpretação errônea decorrente de mera desconfiança. Respectiva conduta, pode provocar o desprezo para novas ideias em favor do acordo (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 42)²⁰⁴.

Como forma satisfatória de percepção, entende-se que as partes na negociação, precisam fazer parte do processo negocial, desde a sua preparação, a fim de que uma delas, não seja pega de surpresa. Entender a proposta negocial, sem ter participado de sua formação, dificulta o processo de percepção pelas partes, e o consequente êxito na negociação (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 46).

Além da percepção, o reconhecimento e compreensão das emoções, tanto subjetivas quanto intersubjetivas, de forma a compreender quais os sentimentos das partes que perpassam pelo processo de negociação, é ato fundamental para o êxito. A troca de emoções e o reconhecimento da legitimidade do outro de forma explícita, pode permitir a liberação dos sentimentos, com negociações mais amenas, com a possibilidade de se trabalhar o problema como foco da questão (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 48-49)²⁰⁵.

²⁰³ Em outra oportunidade, os autores demonstram os contrastes de percepções, e a partir de tais oposições, propõem a ideia de que não há necessidade de concordar com o problema, ou percepção do *alter*, mas entender o lado oposto, para a contribuição da compreensão do conflito. Nesse sentido, pelas contradições entre o inquilino e o proprietário, aquele afirma do alto valor do aluguel, e o proprietário, deduz que o aluguel não sofreu reajuste há anos. Ainda, o inquilino não consegue quitar o aluguel pelo alto valor dos preços no mercado, e o proprietário, exige o aumento, par que possa sobreviver em relação ao aumento dos preços. Pelo inquilino, o apartamento precisa de reformas, e, na percepção do proprietário, o inquilino deteriorou o imóvel com a ausência de zelo. A percepção dos posicionamentos divergentes precisa ficar bem compreendida, mas jamais defendida de forma unilateral (Ibid., 2005, p. 42).

²⁰⁴ Ilustração exemplificativa que pode ser utilizada é a dedução do negociador, em evitar a hipótese de aceitação de determinado bem no processo negocial, justamente pelo fato do bem pertencer a uma ceifa religiosa em que a outra parte acredita fazer parte de práticas de magia negra. Ainda, para os autores, a parte, que aceitou uma carona de terceiro desconhecido, ao verificar que o motorista tomou um caminho diferente daquele que o carona costuma trilhar, desconfia do ato do motorista, contudo, o motorista tinha, tão somente, o interesse de chegar ao local de forma mais rápida (Ibid., 2005, p. 43).

²⁰⁵ Os autores entendem como forma coerente de lidar com as emoções, a permissão de que o outro lado da negociação fale, uma “(...) forma de descarga psicológica pelo simples processo de relatar suas queixas” (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 49)”. O desabafo prévio, permite com que o futuro na negociação, se torne mais brando, e, principalmente razoável. Ao contrário de discutir com as agressividades ou perturbações oriundas de um discurso da outra parte, controle-se, mantenha-se calmo e ouça em silêncio, para que o real problema seja objeto de deliberação em momento posterior (Ibid., 2005, p.

Pelo raciocínio proposto, não apresente reações emocionais de forma explosiva, sob pena de frustrar o processo negocial, ou até mesmo gerar como resultado a violência. Reagir a estímulos explosivos através da escuta, da interrupção para que a parte prossiga, e mais, com eventual pedido de desculpas na hipótese de mal entendido, culmina em dispêndio de menor investimento na negociação, e traz ao desenvolvimento da negociação, uma nota de solidariedade (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 49).

Complementando os elementos formais da percepção e da emoção, o tripé se formata com a comunicação²⁰⁶. O ato de comunicação entre pessoas, especialmente em um trâmite negocial é altamente complexo. Para Fischer, Ury e Patton (2005, p. 50), existem três problemas no processo de comunicação entre as partes na negociação: a) o primeiro problema, a ausência de fala direta entre os negociadores, em razão da frequência pelo desinteresse entre as partes na tentativa de realização do negócio. Na pretensão de fugir do interesse direto do problema com a outra parte, o negociador utiliza terceiros, e porque não dizer uma plateia, para demonstrar seus motivos, utilizando terceiros a tomarem partidos; b) por sua vez, o segundo problema, ainda que a fala se manifeste de forma direta entre os negociadores, há quem não escute a fala da outra parte. A parte muitas vezes está com tamanha concentração no próximo argumento que irá utilizar, que em muitas vezes deixa de ouvir o que a outra parte utiliza de argumento como premissa; c) por fim, e não menos importante, o mal entendido, ou a errônea interpretação das mensagens entre os interlocutores da negociação (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 51).

A partir destes três problemas, sugere-se a escuta ativa, e, principalmente, a transcrição do que está sendo dito como forma de resolução da comunicação. Uma escuta ativa, permite em grande parte, deixar com que a parte apresente suas percepções e emoções, e, em muitas vezes, permita com que o ouvinte questione o remetente

49).

²⁰⁶ Para toda e qualquer pessoa envolvida no processo de negociação, saber utilizar a comunicação de forma adequada é um grande desafio. Tal premissa, envolve o saber ouvir, um instrumento essencial para identificar as necessidades das partes presentes no processo de negociação. Para tanto, o ato de comunicar envolve critérios, que se destacam em: a) a escolha do canal adequado (verbal, telefone, e-mail, aplicativos de conversas); b) a elaboração do conteúdo da mensagem (escolha das palavras corretas); c) a identificação e redução de ruídos, entre a emissão e recepção da mensagem; d) o *feedback* (realimentação), meio de confirmar se a decodificação da mensagem encaminhada pelo emissor foi devidamente recebida pelo receptor da forma como deveria em seus sentidos (Carlim; Castro, 2010, p. 65) (CARLIM, P. E.; CASTRO, L. T. E. A importância da comunicação na negociação. In: MARTINELLI, D. P.; NIELSEN, F. A. G.; MARTINS. T. M. (Org). **Negociação: conceitos e aplicações práticas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

da mensagem sobre a exata compreensão da mensagem²⁰⁷ (Fischer; Ury; Patton, 2005). Tal provocação, permitirá com que o mensageiro se torne participativo, e, principalmente ouvido e entendido, no conhecimento de que foi ouvido. Não se trata ao caso em tela, de formular qualquer conclusão valorativa da afirmação recebida, mas sim, a fiel transcrição da mensagem recebida, como uma forma de exata compreensão do problema proposto (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 52).

Ademais, fale para ser entendido, e não trate a negociação como um debate ou julgamento, mas como exposição conjunta de ideias. Trate a situação, não como a do Juiz, proferindo a decisão em relação a uma causa, mas na situação análoga de da colaboração de dois juízes, em vias do melhor parecer, para a resolução da causa. Outro fator importante na comunicação é a objetividade na fala, uma vez que, muitas vezes, quando a fúria e forma de percepções consideram-se errôneas, é melhor não verbalizar o todo de informações (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 54).

Como acréscimo, indispensável que o problema seja tratado sob um viés coletivo, não sob interesses antagônicos. O problema²⁰⁸ deve ser explorado de forma colateral, ao ponto de considerar as partes negociadoras como colaboradoras do processo de resolução de conflito, sentados no mesmo lado na mesa, não em lados opostos, como uma forma de resolver o conflito de uma forma para além do interesse unilateral (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 56)²⁰⁹.

O segundo ponto fundamental é intitulado pela seguinte afirmação: concentre-se nos interesses, não nas posições²¹⁰.

²⁰⁷ Para os autores, é comum a participação do ouvinte negociador, de forma a prestar atenção na mensagem e interromper de forma ocasional, promovendo a seguinte indagação: “(...) Será que entendi corretamente que você está dizendo que... (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 52). Ainda, “(...) Vamos ver se entendi o que você está me dizendo. Segundo seu ponto de vista, a situação é a seguinte... (Fischer; Ury; Patton, Op. cit., 2005, p. 53)”.

²⁰⁸ Para os autores, separar as pessoas do problema não se trata de um ato isolado. É um processo contínuo na formulação da negociação, a ponto de “(...) lidar com as pessoas como seres humanos, e com o problema segundo seus méritos (Ibid., 2005, p. 57)”.

²⁰⁹ A ideia proposta pelos autores, é partir para o ataque na solução do problema. Ao invés de fulminar a outra parte, sente-se lado a lado, enfrentando o problema de forma comum, o confronto lado a lado como colaboradores e não adversários, uma solução conjunta de problemas centrada em interesses (Ury, 2013, p. 30) (URY, W. L. **Negocie para vencer:** instrumentos práticos e criativos para chegar ao sim. Tradução Regina Amarante. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: HSM Editora, 2013).

²¹⁰ A negociação posicional se compara a comunicação entre duas pessoas que não partilham linguagem comum, mas acreditam, que ao apresentarem seus argumentos de forma constante e com imposição, acabarão por atingir seus objetivos. Ameaças, posturas e blefes, embora figuras comuns nas negociações, materializam-se como manifestações unilaterais e de posição. Em complemento, o problema da posição, não

Os interesses, quando comuns, definem o problema. A indefinição de posições²¹¹, especialmente antagônicas, provocam de praxe, conflitos, incertezas, e dificuldade na resolução do processo negocial. Tratam-se os interesses “os motores silenciosos por trás da algazarra das posições (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 59)”. O ponto de vista da parte negociadora é intitulado de posição, e, somente foi definida, a partir da premissa de interesses reais, aparentes e subjacentes.

A partir de tal raciocínio, como se identificam os interesses? As posições comumente são claras no processo negocial, de forma que os interesses se materializam de forma aparente ou subjacente. Para tanto, estabeleça questionamentos simples como, por que e por que não? Na primeira hipótese do por que²¹², coloque-se no lugar do outro, examinando cada posição da parte negociadora, de forma a questionar o porquê de cada posição. A resposta provável, poderá vir no formato de um dos interesses das partes negociadoras. Quanto ao por que não, pense na escolha do outro, de forma a identificar a decisão básica que as pessoas do lado oposto acham que você está pretendendo (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 61-62).

Acima de tudo, é preciso compreender que ao vincular-se a percepções humanas, e muitas vezes emoções, cada lado do processo negocial tem interesses múltiplos. Deduzir que as partes da negociação são titulares de interesses comuns é blefar no famoso jogo de cartas. Como dito, a necessidade de entender que no processo de negociação, está se falando não somente com as partes, mas com espectadores externos, público, consumidores, meio ambiente, é dizer que por trás de uma posição, os interesses prevalecem não somente pela vontade das partes, mas interferem em várias oportunidades na conclusão da negociação²¹³ (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 65).

está em relação a forma de argumentos apresentados, mas com a ausência de estreitamento entre as partes, o que dificulta o diálogo (Macfarlane, 2008, p. 82, tradução nossa) (MACFARLANE, J. **The New Lawyer:** how Settlement is transforming the practice of law. 1. ed. Vancouver: UBC Press, 2008, tradução nossa).

²¹¹ A exemplo, quando se está em uma sala de aula, que ora, parte dela tem por interesse o ar condicionado para se ter um ambiente ameno, e a outra parte, o ventilador ligado, em razão da temperatura ambiente no mês de outono, faz com que se conclua pelo interesse da abertura de todas as janelas, para se atender todos os interesses, quais sejam, ambiente fresco e ar puro em favor da coletividade.

²¹² Os autores estabelecem um raciocínio, ao questionar por que duas pessoas estão discutindo? A resposta sempre se restringirá em relação a causa e não propriamente a finalidade. Logo, a pergunta por que, guarda dois sentidos diferentes: um dos sentidos é voltado de forma pretérita, em busca da causa que motivou o conflito, e o outro, para o futuro, voltado a finalidade, com grande ênfase para o futuro, pois a melhor forma de atender os interesses é olhando para frente. Nesse sentido (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 71), “(...) Em vez de pedir-lhe que justifique o que fez ontem, pergunte: - Quem deve fazer o quê amanhã? (Fischer; Ury; Patton, Op. cit., 2005, p. 70-71)”.

²¹³ Nesse sentido “(...) quer se trate de seu patrão, seu cliente, seus colegas, sua família

Como complemento, para se chegar a boa conclusão de um acordo, em matéria de interesses, procure identificar os interesses básicos (fundamentais) que motivam as pessoas, em destaque a segurança, o bem-estar econômico, sentimento de pertença, reconhecimento e o controle sobre a própria vida (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 67).

Em grande parte, acredita-se no senso comum, a finalidade de identificar o interesse da parte, tão somente na monetização, sem analisar os demais interesses elementares. Por certo, que na tratativa de um acordo de pensão alimentícia, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a cônjuge está pretendendo, não somente a manutenção da vida econômica. O sentimento de se prevalecer economicamente em um contexto social, com a mesma renda e condição de vida quando casada, a situação de reconhecimento na sociedade como mulher bem sucedida, o controle sobre a vida em relação a saúde e bem-estar, e a visão perante terceiros da segurança pós-divórcio (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 67).

Fator relevante no que diz respeito aos interesses, é propor uma lista, especialmente sobre as raízes básicas acima elencadas, para então, dar vida aos mesmos. Tornar legítimo os interesses, é ser específico²¹⁴, de forma a fazer com que a pessoa do outro lado os entenda, trazendo credibilidade nos argumentos e provocando impacto na negociação²¹⁵. Além disso, como forma de compreensão do caráter global dos interesses dispostos pelas partes, indispensável o reconhecimento dos interesses da outra parte. Se quer que os outros reconheçam seus interesses, ouça e reconheça os interesses do interlocutor (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 70).

Quanto ao terceiro ponto fundamental, há o destaque para a seguinte assertiva: invente opções de ganhos mútuos.

Ao presente critério, todo bom negociador não pode se ater a uma resposta para determinada solução, sem que abra o leque de opções hábeis para a solução do conflito. Não raro, as pessoas envolvidas na negociação, tendem ao hábito de trazer respostas prontas ao problema, como se aquelas, exclusivamente, fossem a razão da solução do conflito proposto.

ou sua mulher, todo negociador tem um eleitorado a cujos interesses é sensível (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 66).

²¹⁴ Ser objetivo e específico no processo de negociação, implica em saber aonde quer se chegar, no entanto, sempre aberto a caminhos ou ideias novas, denominado de especificidade ilustrativa ou mente aberta (Ibid., 2005, p. 72).

²¹⁵ A exemplo, “por três vezes na semana passada, seu veículo tal, placa tal, passou na rua da casa em alta velocidade, o que poderia provocar um acidente. Ainda, nas expressões “corrija-me se eu estiver errado”, a ponto de permitir com que a outra parte influa na informação, se torne participativa (Ibid., 2005, p. 69).

Para a análise da dificuldade em se estipular a variedade de formas negociais, entende-se a existência de quatro obstáculos que fomentam negativamente os propósitos para a amplitude de opções de propostas: o primeiro representado pelo julgamento prematuro, na aceitação por propostas únicas e prematuras, sem estabelecer opções para uma melhor escolha (inventar opções é a exceção no processo negocial, o que deveria ser a regra) (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 76). O segundo obstáculo, pela busca de uma resposta única, vem acompanhada da ideia, em que um número variado de escolhas poderia confundir e atrapalhar o processo negocial. Tal justificativa, provoca uma ruptura no enfrentamento do problema, um dos pontos fundamentais da negociação (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 78). O terceiro deles, na pressuposição de um bolo fixo, na representação do ganha-perde, de forma que apenas uma das partes obterá êxito no processo negocial. Nesse caso, a fatia de bolo, em relação ao todo e entregue a uma das partes, implica na perda imediata da outra parte (tratar a situação como excludente), considerando que o objetivo da negociação é a cereja do bolo, e a respectiva ampliação do bolo, e não a divisão de suas fatias. O último obstáculo, na substituição do altruísmo para o egoísmo (resolver o problema deles é problema deles), ou seja, a forma unilateral de solução do problema, é a única solução ao conflito apresentado (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 78).

No mesmo raciocínio, recomenda-se para efeito de criar opções em relação a fiel solução do problema, a utilização de outras quatro iniciativas.

A primeira delas, deve-se ao fato de estabelecer momentos distintos entre o ato de criar opções com o ato de julgamento. Como premissa, na ausência da parte contrária, realize uma sessão de sugestões livres (*brainstorming session*)²¹⁶, elencando o maior número de opções possíveis, sem qualquer juízo de valor. Como sugestão, sem que se estabeleça uma formalidade legal da sessão de sugestões livres, recomenda-se um padrão ilustrativo da atividade, nos seguintes

²¹⁶ A metodologia utilizada pelos autores durante a sessão das sugestões livres, como recomendação, é importante para delinear uma multiplicidade de opiniões. Nesse sentido, importante fazer com que os apresentadores das opiniões, sentem lado a lado como forma de valorização da participação no processo de criação. Ainda, importante delimitar as regras e critérios da sessão, informando os participantes, da ausência de qualquer juízo de valor em relação a apresentação de sugestões. Solte as ideias, e tome apontamento das mesmas. Após a sessão, importante que o responsável pelo acolhimento das sugestões, marque as mais importantes e promissoras e aprimore com estratégias as ideias, elencando uma hierarquia entre as melhores sugestões apontadas. Decorrida a fase preliminar e o durante das sessões, após a idealização das opções, indispensável que se assinale as opções mais promissoras, invente e busque readequações em relação as preferidas, e estipule um prazo para avaliar as ideias, no sentido da escolha final de qual ou quais serão submetidas a mesa de negociação (Ibid., 2005, p. 81).

moldes: a) defina o objetivo (o que se quer levar de positivo na sessão); b) escolha alguns colaboradores, em número suficiente que permita ao mesmo tempo, uma discussão ordenada, quantitativa e qualitativa de propostas; c) mude o ambiente, de forma a trazer tranquilidade e prazer no processo de criação (não se trata de uma sessão negocial, mas uma sessão de invenção de ideias); d) trate a sessão como algo informal, permitindo trazer para o ato, algo suave e de tranquilidade, a semelhança de uma confraternização; e) optar pela escolha de um facilitador, que conduzirá a sessão, permitindo com que todos falem, e sejam ouvidos atentamente (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 80).

Em ato contínuo, a segunda iniciativa se perfectibiliza pela ampliação das opções dispostas na mesa de negociação, ao contrário de buscar uma resposta única para a solução do conflito. Não se trata de identificar a melhor resposta, ou um caminho certo, mas a criação de um espaço suficiente para negociar, de forma a elencar um número substancial de ideias ou alternativas, para uma futura escolha em conjunto (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 84).

A terceira iniciativa se materializa pela busca de ganhos mútuos, na representatividade do ganha-ganha. Nesse sentido, o objetivo é a solução criativa do problema, na busca do ganho comum, na analogia do aumento do bolo em favor comum, e da divisão da cereja (na ideia da divisão do resultado compartilhado)²¹⁷ não permitindo a divisão em pedaços ou a redução do todo²¹⁸ (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 89).

Como quarta iniciativa, crie meios para facilitar a decisão da parte contrária. A regra, é fazer com que o outro lado da moeda, decida

²¹⁷ A harmonização dos interesses é uma das peças chaves do ganho mútuo. Inventar diversas opções, para apresentá-las como escolha preferencial e não aceitável, permite após a escolha da outra parte, a criação de outras variantes propiciando um plano que culmine na redução de custos de uma parte, em detrimento da vantagem positiva do outro lado da negociação (Ibid., 2005, p. 94-95).

²¹⁸ Fala-se na proposta de identificação de interesses comuns entre os negociadores para fins de se almejar os ganhos mútuos, uma vez que, a negociação deve propor uma invenção capaz de atender os interesses comuns. A exemplo, entre a proposta do município X no aumento da tributação em relação a determinada indústria Y, para efeito de arrecadação de receitas destinadas a obras públicas, observa-se de plano, divergência na negociação (ganha-perde). Contudo, importante observar os interesses comuns de X e Y, representados, pelas opções que Y pode apresentar, para efeito de provocar o ganho mútuo. Como existe a perspectiva, da instalação de indústria Z, que irá beneficiar a produtividade da indústria Y, talvez os reflexos do aumento de tributação municipal, diminua ou exclua os propósitos de instalação de Z no município X. Portanto, questione-se: X, Y e Z tem interesses comuns, para a manutenção das relações. Ao caso em tela, a resposta é positiva, o desenvolvimento econômico (crescimento) de X, proporcionará por reflexos o crescimento de Y e Z, a possibilidade de instalação de novas empresas, maior arrecadação de tributos, e a possibilidade de manutenção das contas públicas com estabilidade, proporcionando incentivos fiscais a Y e Z. Os interesses comuns são oportunidades, e para que sejam úteis, indispensável que sejam deduzidas, a partir de uma premissa, de algo concreto e voltado para o futuro (Ibid., 2005, p. 90-91).

da forma mais adequada aos anseios de uma das faces da mesma moeda (proponente). Para tanto, coloque-se no lugar do outro²¹⁹, estude e reflita as reais posições e aspirações, de forma a observar o problema, a partir do ponto de vista dele (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 95)²²⁰.

O quarto ponto fundamental, têm-se a ideia de insistir em critérios objetivos²²¹. Entende-se como idealização prática, o uso da aplicabilidade recíproca, para efeito de identificação da imparcialidade em relação a subjetividade (vontade) das partes. Na prática, para que se produza um resultado satisfatório, sem a intervenção voluntária de uma das partes, cita-se a exemplo, a divisão do bolo entre duas crianças, de forma a optar com que a criança que corte o bolo, permita a outra, o direito de escolha do pedaço. Não há que se falar, portanto, em decisão injusta ou desproporcional, a partir da utilização de um critério de escolha prévio (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 104).

Nesse raciocínio, ao elencar critérios objetivos e identificá-los como hábeis, avance para a negociação utilizando-se de três elementos clássicos: a) formule cada questão em vias de se atingir critérios objetivos compartilhados. Qual foi o caminho para se chegar a proposta apresentada? É indispensável a comunhão de esforços e concordância, em relação aos critérios e padronização da proposta, de forma que, a aceitação da proposta se fortalece, quando se apresenta uma proposta, a partir dos critérios criados pela outra parte, ou de forma comum; b) seja flexível e aberto aos padrões apropriados e a forma de execução dos mesmos. Não batalhe e reivindique sua posição como universal, ainda que pautada a partir de critérios. Entre os critérios objetivos apresentados pelas partes, o coerente é que se formule outro(s) critério(s) a partir dos apresentados, agrupando e respeitando os propósitos compartilhados²²²; c) nunca estabeleça

²¹⁹ Evite qualquer hipótese de ameaça, ao ponto de advertir a parte que, caso não aceite a proposta, consequências negativas poderão surgir. Elabore as opções, rascunhe hipóteses variadas, ao ponto de na fase final da mesa de negociação, esperar da parte contrária a resposta afirmativa (Ibid., 2005, p. 98).

²²⁰ Realize um apontamento com variedades de opções, de forma a provocar no outro, a natureza legítima de que influi na negociação, e mais, que dispõe de opções, além daquelas que já detinha por titularidade de apresentar. O outro entende pertinente a aceitação do negócio, quando realmente acredita e aceita que a solução proposta, é o melhor a ser feito (Ibid., 2005, p. 97).

²²¹ Quando se fala em critérios objetivos, destaca-se a expressão padrão, de mercado, governamental, previsto por órgãos, ou pela legislação vigente, a exemplo, o salário mínimo ou respectiva porcentagem incidente, para a fixação de pontos comuns. Elabore e empregue os critérios objetivos, a exemplo, na discussão entre seguradora e segurado em relação a indenização pela perda do veículo, observe o valor do mercado, um precedente, a opinião científica, (padrões profissionais técnicos), a decisão dos tribunais, de forma que estes critérios independam de qualquer vontade opcional dos lados que negociam (Ibid., 2005, p. 103).

²²² Caso as partes não concordem com os critérios objetivos apresentados de forma compartilhada, atribua a um terceiro, a escolha das partes, para que, a partir do leque

concessões diante de pressões e ameaça, de forma a obedecer aos princípios. A propina, o apelo a manipulação ou simulação de fatos, faz com que os critérios objetivos se acentuem. Convide a parte a explicitar seus motivos e razões, sugira novos critérios e não ceda aos propósitos desvinculados de uma fiel resolução do problema²²³ (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 106).

Ao fim e a cabo, a estratégia proposta pelos autores, defende que o limite máximo suportável para o processo de negociação atende a dois objetivos: a) a proteção da parte, de fazer um acordo que você, enquanto negociador, deveria rejeitar, e; b) colaborar para explorar o máximo possível, dos recursos que dispõe, para que todo e qualquer acordo seja satisfatório aos interesses da parte (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 117).

Há uma certa crítica quanto a adoção do piso mínimo (valor mínimo), para fins de se chegar a um determinado êxito na negociação. Utilizar de um piso mínimo, limita a parte, de beneficiar-se da real pretensão durante a negociação, pois a parte resiste sem justificativa e de forma antecipada, a qualquer proposta apresentada, inibindo, portanto, o processo de imaginação para a conciliação em favor de ambas as partes. O piso mínimo, ao mesmo tempo que visa proteger a parte de eventuais prejuízos na negociação, em contrapartida inibe os propósitos de alternativas favoráveis para uma correta e justa negociação (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 118-119).

A razão para se evitar o piso mínimo, se traduz na hipótese de produzir no processo negocial, algo exitoso e favorável, em relação aos resultados que poderiam ser obtidos, sem a negociação. A alternativa apresentada se tipifica pela melhor alternativa à negociação de um acordo (MAANA) (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 118-120).

Para o correto desenvolvimento da melhor alternativa à negociação de um acordo, importante a utilização de três etapas em relação ao procedimento: a) crie uma lista de alternativas, porventura o acordo não se finalize; b) aperfeiçoe uma das alternativas, e busque convertê-las na prática; c) escolha de forma provisória, a melhor opção que entenda mais segura e plausível. Saber o que fazer, na hipótese de infrutuositade no processo de negociação, permitirá uma confiança ampliada. Saber o que fazer, na hipótese de infrutuositade no

de critérios apresentados, peça ao terceiro para que aponte qual(is) o(s) critério(s) mais apropriados para se atingir a solução do problema. Não se trata ao caso em tela, de escolha pelo terceiro, mas aconselhamento do padrão coerente a ser utilizado (Ibid., 2005, p. 108).

²²³ Nesse caso, afaste-se do aspecto posicional (barganha) e estabeleça critérios objetivos para a realização da solução do problema. A mudança de visão da negociação, do ponto que o outro lado está disposto a fazer, para a visão de como o problema deve ser decidido não finaliza a negociação, mas facilita através de estratégias, a continuidade do processo negocial, sem a barganha (Ibid., 2005, p. 110).

processo de negociação, permitirá uma confiança ampliada (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 123).

Como complemento, é indispensável que se conheça de forma aprofundada, a melhor alternativa à negociação de um acordo apresentada pela outra parte, ao ponto de considerar, a hipótese de proposta apresentada pela outra parte, como a melhor via de acordo. Nessa hipótese, ao considerar em últimos casos, a melhor alternativa de negociação de um acordo, aquela oriunda do polo contrário, procure modificar e aperfeiçoar a proposta apresentada, sempre observando aos propósitos de reciprocidade de interesses (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 125).

Nesse sentido, na hipótese de recusa da outra parte, justamente pelo conflito de posições, dado o regateio unilateral da outra parte²²⁴, é preciso que você se envolva no processo negocial, de forma a permitir com que a parte contrária identifique um mérito na negociação distante de posições e qualquer baganha posicional²²⁵. Na hipótese de infrutuositade da melhor alternativa à negociação de um acordo, ou do modelo do jiu-jitsu da negociação, procure incluir um terceiro no processo negocial, desinteressado dos propósitos, no sentido de atender os anseios recíprocos (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 126-127).

Nesse contexto, a defesa do procedimento do jiu-jitsu da negociação, é jamais contra-atacar as propostas de barganha posicional do oponente. Portanto, jamais rejeite ou aceite a proposta da parte contrária, de forma a torná-la parte do processo de discussão. A partir da análise de mérito da proposta contrária, estabeleça uma crítica em relação as suas ideias e porque elas existem, e, diante de tal raciocínio, observe os interesses subjacentes que envolvem o posicionamento da parte contrária (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 126-127).

Com a análise dos interesses subjacentes, busque se afastar das críticas apresentadas pela parte contrária, sem pretender um aceite ou rejeição da proposta apresentada, mas questionando-a, no que há de errado com a proposta. Ainda, proponha a inversão dos papéis, de forma a provocar a parte contrária a se posicionar no seu lugar, a ponto de levar o lado contrário em confrontar e refletir o problema. Ao realizar o espelhamento do problema, tal situação permitirá com que

²²⁴ O ataque pessoal da parte contrária jamais deve ser revidado. A escuta e fiel compreensão, torna a outra parte inclusiva no processo negocial. A partir da escuta, se permita a reformular o ataque. Ademais, use de forma frequente indagações, jamais assertivas, de forma a permitir com que a outra parte exponha seus pontos de vista, aflorando informações e interesses subjacentes. Afirma-se ainda, que o silêncio é a melhor ferramenta para uma proposta ofensiva ou de ataque, uma vez que, provoca o sentimento de impasse, forçando a parte a responder eventual pergunta realizada, ou na reformulação da ideia ofensiva anteriormente apresentada (Ibid., 2005, p. 132).

²²⁵ Os autores intitulam o método como jiu-jitsu da negociação (Ibid., 2005, p. 126).

as partes ampliem uma solução para o problema (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 130-131).

Afirma-se em complemento, a utilização de um terceiro no processo de negociação, quanto infrutíferas, todas as hipóteses de solução ao problema apresentado. Para tanto, recomenda-se a utilização da técnica do texto único. Diante da contraposição de afirmações entre as partes, a exemplo, no término do relacionamento entre cônjuges, aponte através de um texto único, as reais propostas para o desfecho do conflito entabulado. A partir de tal premissa, apresente as partes, e na hipótese de recusas, reformule de forma incessante, a partir do molde inicialmente apresentado, até que não restem alternativas para adequações. Para os autores, esse terceiro, representado pelo advogado, arquiteto, contador psicólogo, de acordo com as situações apresentadas, pode ser qualquer uma das partes envolvidas (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 135-136).

A forma de solução do conflito, pela hipótese da negociação pautada em princípios pode ser exemplificada a partir da relação entre locador e locatário, na situação hipotética da pretensão do locatário no reembolso de valores pagos a maior pela locação, em decorrência de reajustes cobrados de forma indevida pelo locador (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 137).

Inicialmente, questione o locador de forma objetiva, permitindo-o inclusive que o corrija de eventual informação²²⁶. Permaneça aberto na apresentação dos fatos, e trate-os de forma cautelosa, propondo um diálogo a partir da razão. Se posicionar de forma aberta a correção e persuasão é uma ferramenta indispensável para a negociação baseada em princípios (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 138).

Em ato contínuo do procedimento, o reconhecimento em relação a outra parte, proveniente dos benefícios decorrentes da relação negocial até então executada, permite o investimento emocional e a manutenção da confiança em relação a tratativa apresentada (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 139). Pautar-se em princípios e no objetivo de se fazer justiça na relação negocial, de forma que a integridade, igualdade, respeito e confiança entre os negociadores deva prevalecer, é uma ferramenta auxiliar na negociação baseada em princípios (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 141).

Fala-se ainda, na negociação baseada em princípios, pela necessidade de realizar questionamentos em relação a outra parte, de forma a não aceitar, muito menos rejeitar as propostas e ideias

²²⁶ Questione a outra parte de forma objetiva: recebi a informação, corrigindo se estiver errado, de que houve uma alteração na Lei, e, supostamente, os reajustes deveriam ser a menor em relação aos valores de aluguéis dos últimos anos. Será que fomos mal informados? (Ibid., 2005, p. 138).

contrárias. A finalidade é entender a razão das posições contrárias, com uma comunicação transparente, permitindo através do raciocínio do emitente, uma tradução do que foi dito, para fins de torná-la participativa da relação (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 142-143)²²⁷. Para a solução do embate, não se apresenta uma proposta unilateral, partindo-se de uma ideia razoável, que merece o posicionamento conjunto das partes, qualificando como uma solução razoável. Ademais, encerrar a negociação pela gratidão entre as partes envolvidas, nos aspectos positivos da relação vivida, facilita muitas vezes a manutenção de futuras relações negociais entre as partes, e o convívio social (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 147).

Em outra análise, observa-se pela aplicação da negociação baseada em princípios, na hipótese de uma das partes se utilizar de meios fraudulentos no processo de negociação, no intuito de trapacear²²⁸, idealizar mentiras, expor autoridade duvidosa²²⁹, maus tratos psicológicos²³⁰, e até mesmo táticas de pressão²³¹.

²²⁷ O poder de tomar decisão, e permitir o controle no processo negocial, permite com que a parte detenha o poder em mãos, na condição de relação do processo negocial. Nesse sentido, um bom negociador apresenta uma razão digna de crédito, quando dispõe da liberdade de se retirar da negociação, sem que ela se encerre de forma definitiva, abrindo espaço para novas tratativas, e novas sessões de negociação (Ibid., 2005, p. 144).

²²⁸ Como tática traíçoeira, cita-se a fraude deliberada, ou apresentação de dados falsos. Nesse caso, separe as pessoas do problema, salvo você tenha motivos suficientes para crer nas afirmações. Nesse caso, observe com atenção, e estude as assertivas de fato apresentadas pela parte (Ibid., 2005, p. 151).

²²⁹ A suposta apresentação de autoridade, com poder legitimo para negociar, quando na realidade, não dispõe de poderes e titularidade para convenções. O importante nesse caso, como premissa, é verificar a autoridade do negociador, e na dúvida, tratar a situação como negociações preliminares, e se propor a novas sessões e encontros em oportunidades futuras, a fim de que o verdadeiro legitimado, conheça das tratativas, e possa no futuro, participar e influir na negociação, ou permitir com que terceiro já apresente uma tratativa devidamente legitimado (Ibid., 2005, p. 152).

²³⁰ Os autores mencionam a expressão guerra psicológica, representada por circunstâncias físicas, ataque a pessoa e vestimentas, bem como ao local em que será realizada a sessão. Talvez, a forma de abordagem, e o local (frio, quente, úmido, escuro), tenha sido preparado para que o processo de negociação seja rápido, no sentido de ocorra concessões desproporcionais, frente o desconforto suportado. Tal situação, permite a parte que se encontra prejudicada, a troca de local, ao adiamento da sessão, para que, em outra oportunidade e local, possam as partes realizar nova sessão de negociação. Outro ponto de confronto psicológico são as ameaças, ao ponto de forçar a parte contrária a aceitação da barganha posicional. Todo bom negociador enfrenta as ameaças com neutralidade e segurança, com pensamento nos méritos negociais, jamais cedendo ou respondendo de frente às ameaças (Ibid., 2005, p. 155/157).

²³¹ Tipo de estratégia que leva somente uma das partes a apresentar a posição de barganha, em contrapartida de concessões da outra. A exemplo, “nós no veremos no tribunal”, caso não concorde a proposta apresentada” (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 157)”. Nesse caso, reconheça a princípio, que tal situação se trata de uma estratégia/tática. Ainda, comunique-se com a parte ou por terceiros, sobre o porquê da recusa em negociar. Sugira opções, e por fim, insista na negociação baseada em princípios. Outra hipótese de pressão posicional são as exigências extremadas. Entre a

Nessas opções, utilize os critérios padrões (separe as pessoas do problema, concentre-se nos interesses e não nas posições, invente opções de ganhos mútuos e insista em critérios objetivos), para então, aplicar a prática da melhor alternativa à negociação de negociação de um acordo (MAANA), retirando-se do local, porém, aberto a propostas e sessões de negociação futuras (Fischer; Ury; Patton, 2005, p. 150-151).

O modelo até então apresentado, deve ser refinado, para efeito de análise as circunstâncias fáticas conflituosas do caso concreto. Portanto, não se trata de uma fórmula mágica para a solução de todo e quaisquer conflitos, mas o uso de critérios objetivos, dentro de um sequencial, capaz de estabelecer o uso racional do processo de negociação.

Nesse contexto, o critério da negociação baseada em princípios, permite atender aos anseios das partes no processo negocial, de forma com que as propostas apresentadas, evoluam gradativamente para uma melhor alternativa, permitindo ao fim da negociação, uma situação melhor para as partes, em relação ao *status quo ante* a sessão de negociação.

É preciso esclarecer que não se está diante de um procedimento do processo de negociação, mas de técnicas, estratégias hábeis para que o processo de negociação entre as partes, se torne dialético, participativo, e principalmente reflexivo em matéria de solução do problema apresentado.

Para melhor delimitação da proposta apresentada na presente tese, passa-se a discorrer sobre a negociação colaborativa, notadamente pelo procedimento da advocacia colaborativa, como forma viável de aplicabilidade nos contratos de franquia, proposta de tese, uma mola propulsora para o alcance da responsabilidade social das empresas, fundamento da cidadania empresarial.

3.4 | A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA: UMA PROPOSTA DE FORMA CONSENSUAL EM PROL DA EFETIVA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Preliminarmente, é indispensável demonstrar que se está diante de uma forma de resolução alternativa de controvérsias, comumente

proposta pelo recebimento integral do valor ou nada em determinada negociação, é preciso abordar a parte, de forma a apresentar uma justificativa racional sobre o porquê da integralidade ou nada. Escute a parte contrária, para que possam ser jogados a mesa, os méritos do problema (Ibid., 2005, p. 158/160).

e de forma histórica aplicável no direito de família.

Contudo, defende-se na presente tese, o uso da técnica²³² no direito empresarial, exatamente pelo fato de que, acima de tudo, em ambas as áreas do direito, se está diante de relações humanas, em qualquer esfera de relação apresentada (social, familiar, empresarial).

Reforça-se em complemento, o fato de utilizar-se como proposta, a aplicação da negociação colaborativa, por intermédio da advocacia colaborativa em contratos empresariais de franquia, relação esta tipicamente de colaboração entre franqueador e franqueado, e que em grande parte, dispõe em seu contexto, a presença de entes familiares no processo de constituição das empresas, notadamente, em microempresas e empresas de pequeno porte (as franqueadas).

Acredita-se como defesa, o uso da advocacia colaborativa para além da esfera familiar, notadamente, com ampla aplicabilidade na seara do direito privado, em razão das peculiaridades que adiante restarão discriminadas.

Falar em divórcio no seio familiar, é estabelecer de forma análoga a ideia de ruptura de relações. No mesmo raciocínio, no direito empresarial, a rescisão de contrato de franquia, importa na ruptura de relações empresariais. Em ambos os casos, o que se pretende defender com a advocacia colaborativa, especialmente no direito empresarial, é *prima facie*, preservar a harmonia nas relações, e, a partir da ausência de conflito, propor a continuidade dos contratos, para que ao fim, possa se estabelecer a permanência da atividade econômica, beneficiando de forma imediata franqueador e franqueado, e, para além da respectiva relação contratual, a responsabilidade social da atividade produtiva das empresas contratantes, uma vez que, quanto mais se elevam os lucros do franqueado, por corolário, se acrescem os lucros da franqueadora, beneficiando (extra)intramuros as pessoas envolvidas no processo produtivo da empresa.

O modelo da advocacia colaborativa foi criado pelo advogado norte americano Stuart Webb²³³ no ano de 1990, na cidade de

²³² A posição doutrinária para o olhar de um novo advogado, já nos idos dos anos 2000, na dicotomia entre o método tradicional da decisão judicial e a construção do consenso, buscava-se ilustrar o papel de um profissional que visava a convergência entre a decisão e a construção do consenso. O novo papel do advogado, e estar predisposto a sintonia dos interesses da outra parte, na escuta, na evolução de comunicações interpessoais, representados pela empatia, autoconhecimento, otimismo e controle de impulsos (Macfarlane, 2008, p. 22-23, tradução nossa) (MACFARLANE, J. **The New Lawyer**: how Settlement is transforming the practice of law, 1. ed. Vancouver: UBC Press, 2008, tradução nossa).

²³³ Stu, como é intitulado na intimidade, apresenta em sua obra, o motivo da criação da técnica da advocacia colaborativa. A resposta, se dava pelo efeito negativo que o resultado dos processos judiciais refletia de forma exclusiva, sob a esfera profissional e pessoal. No final de 1989, em meio a uma batalha do direito de família que atuava,

Minneapolis (Estado do Minnesota), fruto da insatisfação negativa em relação aos resultados oriundos dos conflitos judiciais patrocinado em favor de seus clientes (Webb; Ousky, 2011, p. 213, tradução nossa).

Ao criar a ideologia do direito colaborativo²³⁴, tornando-se pioneiro como advogado de práticas colaborativas, Stu escreveu uma carta²³⁵ destinada a Sandy Keith (Juiz da Suprema Corte de

movido por profundas situações de mentiras, intermináveis audiências, cria-se a ideia, de propor a presença de um coletivo de profissionais de várias áreas, para se trabalhar com os casais em conflito de forma extrajudicial, entregando a tarefa aos advogados pelo processo judicial, somente se o procedimento colaborativo falhasse. Nasce a partir daí, o direito colaborativo, com a participação precursora de Stu e Ron Ousky, amigo e coautor da obra (Webb; Ousky, 2007, p. 14-15, tradução nossa) (WEBB, S.; OUSKY R. **The Collaborative Way to Divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids – WITHOUT GOING TO COURT.** New York: Penguin Group, 2007, tradução nossa).

²³⁴ O direito colaborativo originou-se justamente pela insatisfação da solução de conflitos nas vias judiciais, destacando-se, que não se trata de prática destinada a toda e qualquer situação, uma vez que: a) no método tradicional da negociação, há preferência de atitude por parte dos advogados, de forma que os clientes ficam em segundo plano; b) as negociações tradicionais, em sua maioria canalizam para o ganha-perde (competitivo), situação que culmina em animosidades; c) a comunicação no modelo competitivo é fechada, o que provoca a ausência de compreensão real da história; d) o extremismo de posições na competição, pode levar a interesses opostos, que dificultará o compromisso do acordo; e) acusações e argumentos, levam costumeiramente ao despertar de emoções, o que pode provocar hostilidades, insultos e dificuldade de solução do conflito; f) o alinhamento do advogado com o cliente no método competitivo, faz enxergar somente a realidade unilateral do problema, sem provocar o cliente a entender os reais motivos do conflito; g) o advogado competitivo assume a posição no problema, confundindo-se com a personalidade emocional do cliente, transmutando a responsabilidade para o causídico na solução do conflito, tornando-se, portanto, laboriosa a tarefa de compreensão dos reais interesses das partes; h) as batalhas de ego e animosidades entre colegas advogados restam-se frequentes, afastando-se partes e advogados do real problema do conflito (Webb; Ousky, 2011, p. 215, tradução nossa) (WEBB, S.; OUSKY, R. History and development of collaborative practice, **Family Court Review**, v. 49, n. 2, april 2011, p. 213-220. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/journal/17441617>. Acesso em 28 mar. 2024, tradução nossa).

²³⁵ Nesse sentido, a descrição dos autores: “(...) So my premise has been: why not create this settlement climate deliberately? I propose doing this by creating a context for settling family law matters by, where possible, removing the trial aspects from consideration initially. I would do this by creating a coterie of lawyers who would agree to take cases, on a case-by-case basis, for settlement only. The understanding would be that if it were determined at any time that the parties could not agree and settlement didn't appear possible, or if for others reasons adversarial court proceedings were likely to be required, the attorneys for both sides would withdraw from the case and the parties would retain new attorneys from there on out to final resolution. I call this attorney in this settlement model a collaborative attorney, practicing in that case collaborative law” (Webb; Ousky, 2011, p. 213). Em complemento, a tradução do trecho da carta: “(...) portanto, minha premissa é: por que não criar esse clima de acordo deliberadamente? Proponho fazer isso criando um contexto para resolver questões de direito de família, sempre que possível, removendo os aspectos do julgamento da consideração inicial. Para isso, criaria um grupo de advogados que concordariam em aceitar os casos, caso a caso, apenas para acordos. O entendimento seria que, se a qualquer momento fosse determinado que as partes não poderiam concordar e o acordo não parecesse possível,

Minnesota), destacando a proposta do método criado. No conteúdo da carta, a submissão de discussões de família, com a ausência de participação do tribunal. Para tanto, na busca em angariar um grupo de advogados, que concordariam em aceitar as causas, buscar-se-ia estabelecer o pressuposto ou condição de participação do advogado somente nas vias extrajudiciais, e, na hipótese de infrutuosidade da autocomposição, as partes deveriam contratar outros advogados para representação *sub judice* (Webb; Ousky, 2011, p. 214, tradução nossa).

No conteúdo da carta, Stu descrevia as justificativas positivas para a adoção do método alternativo de solução de conflitos, das quais destacam-se: a) cada parte escolhe o seu advogado de confiança, preferencialmente, um advogado com técnicas do direito colaborativo; b) ao advogado, existe a plena liberdade, na companhia de seus clientes, de buscar alternativas para a solução do conflito, seja na solução do problema familiar, planejamento tributário, patrimonial, criação de *holding*; c) com o foco de solucionar conflitos, evitando-se o acesso via Tribunal, advogados e clientes são incentivados a busca da resolução da disputa sem análise ao aspecto emocional, com o desenvolvimento de habilidades para se chegar ao objetivo do ganho mútuo; d) as conferências e sessões são quádruplas com a distribuição de energias criativas, com o trabalho colaborativo em prol do acordo justo; e) os clientes efetivos e em potencial, são orientados previamente sobre as vantagens do método, especialmente, na economia dos custos; f) na hipótese de infrutuosidade do acordo, é preciso esclarecer que o advogado colaborativo se afasta da demanda judicial, ao ponto de justificar ao cliente, que ele terá nova chance no plano processual, em estar representado por um advogado contencioso, permitindo ao cliente, a chance de solução de conflitos em dois lados, o da negociação, e o judicial (Webb; Ousky, 2011, p. 214, tradução nossa).

Pela expansão do modelo colaborativo de advocacia, de grupos locais a regionais norte-americanos, insatisfeitos com o resultado oriundo do modelo judicial, criaram-se grupos informais, e, de forma subsequente associações, com experiência em conflitos familiares, práticas colaborativas e de mediação, compostos por advogados, e, outros grupos, abertos a profissionais de outras áreas (psicólogos, assistentes sociais, profissionais da área de finanças)²³⁶. A ideologia

ou se, por outras razões, fosse necessário um processo judicial contraditório, os advogados de ambos os lados se retirariam do caso e as partes contratariam novos advogados dali em diante até a resolução final. Chamo esse advogado, nesse modelo de acordo, de advogado colaborativo, praticando, nesse caso, o direito colaborativo (ibid, 2011, p. 213, tradução nossa).

²³⁶ A mudança significativa do modelo tradicional do direito colaborativo composto tão somente por advogados, ocorreu no ano de 1992, quando psicólogos familiares da Califórnia (Peggy Thompson e Rodney Nurse), em comunhão de esforços com advogados e profissionais das áreas financeiras, projetaram um modelo de trabalho para atuar com

colaborativa tomou fôlego, e, no ano de 1997, criou-se o *American Institute of Collaborative Professionals* (AICP)²³⁷, com posterior alteração de nomenclatura em virtude da expansão fronteiriça intitulado *International Academy of Collaborative Professionals* (IACP)²³⁸ (Bel, 2020, p. 16).

Com a institucionalização das práticas colaborativas e profissionais, por intermédio da IACP, criou-se no ano de 2005, padrões éticos com a finalidade de proporcionar aos profissionais da área, um conjunto formal de critérios e valores, na contribuição de anos de exploração na atividade, envolvendo profissionais de várias áreas, no sentido de compilar padrões éticos de conduta, de diferentes áreas do conhecimento (Bel, 2020, p. 17).

Em complemento, como forma de enfatizar o uso das práticas colaborativas para fora do direito de família, como em áreas cíveis e empresariais, diante dos resultados positivos apresentados pela técnica apresentada, no ano de 2004, sob a nomenclatura *Texas Collaborative Law Council*, cria-se uma associação, composta por um pequeno número de advogados do Texas²³⁹, no compromisso de

casais que se divorciavam. Quando este grupo foi apresentado aos ideais do direito colaborativo, por intermédio da advogada Pauline Tessler, descobriu-se que o modelo interdisciplinar se enquadrava aos propósitos do direito colaborativo. Concomitante a esta ideia, Nancy Ross (assistente social), que já desenvolvia atividades com um grupo do condado de Santa Clara (Califórnia), uniu esforços com Peggy (Ibid, 2011, p. 217, tradução nossa).

²³⁷ Os líderes iniciais, Pauline Tessler (advogada), Peggy Thompson (psicóloga) e Nancy Ross (assistente social), formalmente no ano de 1999, desenvolveram a atividade sem fins lucrativos, com atividades variadas, através da realização de reuniões, boletim informativo sobre a prática. Nos idos de 2001, a associação era composta por membros dos Estados e Unidos e Canadá, o que motivou a modificação originária do Instituto Americano de profissionais colaborativos (*American Institute of Collaborative Professionals*), a derivar-se para Academia Internacional de profissionais colaborativos (*International Academy of Collaborative Professionals*), iniciando os primeiros passos da prática colaborativa de forma interdisciplinar (Ibid, 2011, p. 217, tradução nossa).

²³⁸ O site internacional da IACP qualifica a organização como uma academia, composta de profissionais colaborativos de diferentes áreas do conhecimento (jurídico, saúde mental, financeira), atualmente fixada em 42 Estados, 22 países, em 5 continentes (INTERNATIONAL ACADEMY OF COLLABORATIVE PROFESSIONALS. Sobre IACP. Disponível em: <https://www.collaborativepractice.com/about-iacp>. Acesso em: 03 abr. 2024, tradução nossa).

²³⁹ Nos dizeres de Tesler (2004, p. 334, tradução nossa), o Estado do Texas foi o primeiro a adotar uma legislação que reconhece legítima, a prática jurídica colaborativa. A Lei se demonstrava necessária, uma vez que, ausente, os casos de divórcio eram submetidos rapidamente a apreciação da Corte Judicial. Nesse sentido, era indispensável adotar um procedimento no qual as partes e advogados, concordam expressamente em envidar seus esforços a fazer uma tentativa de boa-fé, no intuito de fiel dissolução da disputa matrimonial. Ao caso, o advogado das partes não poderá atuar como advogado no litígio judicial, exceto para solicitar ao Tribunal, a ratificação do acordo (TESLER, P. H. Collaborative Family Law, **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, v. 4, p. 317-336, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/2/>. Acesso em: 21 abr. 2024, tradução nossa).

auxiliar clientes na resolução de disputas civis, expandindo-se no ano de 2009, para a solução de conflitos ao redor do mundo, com a alteração de nomenclatura para *Global Collaborative Law Council* (*Global Collaborative Law Council*, 2017, p. 18, tradução nossa)²⁴⁰.

A intensificação das práticas colaborativas espalhadas em diferentes Estados norte-americanos (Califórnia, Carolina do Norte, Texas), e nos Tribunais dos Estados de Minnesota, Califórnia, Louisiana e Utah, promoveu em consequência, a elaboração de uma legislação uniformizada acerca do tema, especialmente, na edição de Lei/regramento de Direito Colaborativo Uniforme denominada *Uniform Collaborative Law Rules and Act (UCLA)*²⁴¹, normativa unificada e criada pela Comissão de Direito Uniforme – *Uniform Law Comission (ULC)*²⁴² (Bel, 2020, p. 19).

²⁴⁰ Respectiva associação buscou expandir as práticas colaborativas do direito de família, para área do direito civil e empresarial, a exemplo, franquias, seguros, propriedade intelectual, fusões e aquisições, direito dos idosos, direito contratual, direito médico, direito do trabalho, imobiliário, ambiental, desportivo (Bel, 2020, p. 18) (BEL, I. N. de. O. D. Práticas colaborativas para solução de conflitos: o modelo descrito pela *International Academy of Collaborative Professionals*, 192 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em:

<https://tede2.pucsp.br/browse?type=author&value=Del+Bel%2C+Iane+Naia+de+Oliveira+Ruggiero>. Acesso em: 03 abr. 2024).

²⁴¹ A normativa busca uniformizar as regras pertinentes ao direito colaborativo, notadamente, pelo acordo de participação, o início do procedimento com assinatura das partes no acordo e o término por várias formas elencadas pelo regramento. O grande diferencial da norma, aplicáveis a todo e qualquer momento da advocacia colaborativa é o acordo de desqualificação (UNIFORM LAW COMISSION, 2010, p. 8, tradução nossa), em que o advogado colaborador, está desqualificado para representar o cliente nos Tribunais, na hipótese de inviabilidade de acordo na respectiva negociação. Nesse sentido, a título de exemplificação, a Regra 9, item a: “(...) Salvo disposição em contrário na subsecção (c), um advogado colaborador está desqualificado para comparecer perante um tribunal para representar uma parte num processo relacionado com a questão colaborativa” (UNIFORM LAW COMISSION, 2010, p. 8, tradução nossa). Ainda, o sentido da literal da normativa: “(...) *Excepted as otherwise provided in subsection, a collaborative lawyer is desqualified from appearing before a tribunal to represent a party in a proceeding related to the collaborative matter*” (UNIFORM LAW COMISSION. Uniform Collaborative Law Act. Santa Fé, New Mexico, 2010. Disponível em: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments?communitykey=fdd1de2f-baea-42d3-bc16-a33d74438eaf&LibraryFolderKey=&DefaultView=>. Acesso em: 06 abr. 2024, tradução nossa).

²⁴² A *Uniform Comission Law* (Comissão de Direito Uniforme), intitulada de forma análoga pela Conferência Nacional de Comissários sobre Leis Estaduais Uniformes, foi criada no ano de 1892, e tem por finalidade o fornecimento de uma legislação apartidária aos Estados, com clareza e simplicidade para áreas críticas do Estado. Os membros da ULC devem ser advogados, juízes, legisladores, funcionários legislativos e professores de direito, nomeados por governos estaduais, pelo Distrito de Columbia, Porto Rico e Ilhas Virgens dos EUA para pesquisar, redigir e promover a promulgação de leis estaduais uniformes. No mesmo sentido, a descrição do site: (...) *The Uniform Law Commission (ULC) has worked for the uniformity of state laws since 1892. It is a non-profit unincorporated association, comprised of state commissions on uniform laws*

No Brasil, a prática colaborativa criou seguidores no ano de 2011, com a iniciativa idealizada por Tânia Almeida (médica e mediadora), Fernanda Paiva e Flávia Soeiro (advogadas), quando da realização de um treinamento sobre práticas colaborativas nos Estados Unidos (Fürst; Almeida; Braga, 2013, p. 2). Fruto das atividades desenvolvidas no treinamento, no mesmo ano é criado o Instituto Mediare²⁴³, representando um grupo de estudos em Práticas Colaborativas, coordenado por Olivia Fürst, com novos conceitos apresentados por Tânia Almeida (Diretora do Instituto), ladeada pelas advogadas Fernanda Paiva e Flávia Soeiro (Fürst, 2017, p. 1)²⁴⁴.

Delineado os contextos de origem do instituto, oportuno destacar o formato metodológico da negociação/advocacia colaborativa desenhada por Stuart Webb, amplamente difundida nos Estados Unidos e no mundo.

A princípio²⁴⁵, indispensável que as partes conflitantes, até então dispostas a interesses conflituosos, visando um futuro conflito e embate de ideias para o processo judicial, busquem contratar um advogado de confiança, ou a indicação de um amigo, de eventual profissional que conheça da matéria objeto do litígio. Na advocacia colaborativa, a procura é peculiar, e voltada a profissionais

from each state, the District of Columbia, the Commonwealth of Puerto Rico, and the U.S. Virgin Islands. Each jurisdiction determines the method of appointment and the number of commissioners actually appointed. Most jurisdictions provide for their commission by statute. (Uniform Law Comission, 2024, p. 1, tradução nossa) (UNIFORM LAW COMISION. About Us. Disponível em: <https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview>. Acesso em: 06 abr. 2024, tradução nossa).

²⁴³ De acordo com as informações institucionais, o Mediare conjugou esforços de uma empresa privada (Cursos e Diálogos) e de uma entidade sem fins lucrativos (o próprio instituto), na união de diversas pessoas que ajudaram a construir os propósitos do ensino e prática de Métodos Consensuais de Resolução de Controvérsias. Na Direção de Tânia Almeida (Médica), Mestre em mediação de conflitos, o Mediare atualmente tem focado a prática de processos de diálogo em cenários corporativos, nas conversas de líderes consultivos (MEDIARE. **Tânia Almeida. Biografia**, 2023. Disponível em: <https://mediare.com.br/biografia/>. Acesso em 06 abr. 2024).

²⁴⁴ As práticas colaborativas, em razão do destaque e interdisciplinaridade já apresentada em suas atividades, foi gratificada no ano de 2013, com o prêmio Innovare (Categoria Advocacia), com o texto intitulado Práticas Colaborativas no Direito de Família (FÜRST, O. Prêmio Innovare. 2017. Disponível em: <https://www.oliviasfurst.adv.br/premio-innovare2>. Acesso em: 06 abr. 2024).

²⁴⁵ O direito colaborativo (Tesler; Thompson, 2007, p. 35, tradução nossa), bem destacado pela doutrina em relação à área de origem no divórcio colaborativo, não é aplicável e recorrente a toda e qualquer situação. É o caso, a exemplo, de partes incapazes absolutamente, ou com problemas decorrentes de drogas e álcool (relativamente incapazes), ocasião em que, para o nosso modelo, indispensável a manifestação do Ministério Público, para atender o interesse público. Ainda, indispensável a adoção de compromissos éticos (confidencialidade) e transparentes (ausência de trapaças, barganha e ocultar informações) no processo negocial (TESLER; THOMPSON, Op. cit., 2007, p.35, tradução nossa).

facilitadores, uma vez que, o conflito e a oposição de ideias é a última realidade que se pretende utilizar como parâmetro²⁴⁶.

Ao caso em tela, as partes precisam identificar no cenário local, a presença de advogados, ou especialistas na área de resolução alternativa de disputas, com finalidade específica de negociar o conflito proposto. Isso porque, como dito anteriormente, as partes e seus advogados, se comprometem como pré-requisito, a prática do Acordo de Desqualificação²⁴⁷, princípio definidor da prática colaborativa (Webb; Ousky, 2007, p. 10, tradução nossa).

O acordo de desqualificação para Webb e Ousky (2007, p. 10, tradução nossa) é que faz o processo da negociação colaborativa funcionar. A tradição dos bancos acadêmicos de forma clássica, é instruir científicamente a comunidade discente, a se tornarem profissionais belicosos, com ideologias posicionais capazes de desenvolverem seus argumentos, com a finalidade de melhor convencimento do julgamento (Webb; Ousky, 2007, p. 10-11, tradução nossa).

Para o direito colaborativo, o cliente precisará muito além do que um advogado combatente. Deverá observar um advogado que visualiza o problema para além do conflito, uma proposta visando a resolução do problema de forma a separar as pessoas do problema em si²⁴⁸. Nesse contexto, inoperante a prática colaborativa para o caso concreto, as partes deverão procurar a contratação de um advogado

²⁴⁶ Para Tesler e Thompson (2007, p. 41, tradução nossa), advogados colaborativos são mais que advogados, ultrapassando a análise estritamente jurídica, para realizar o aconselhamento das partes sobre as várias formas de solução de conflitos, buscando enfatizar as razões para a escolha do processo colaborativo. Ainda, deve-se colaborar com os clientes sobre os objetivos, interesses, preocupações, prioridades, bem como o trabalho conjunto entre partes e advogados e profissionais interdisciplinares, para o bem comum do conflito. Ademais, é tarefa do advogado, encorajar as partes em soluções criativas, o auxílio na realização das tarefas, para o êxito do processo colaborativo (Ibid., 2007, p. 41-42, tradução nossa).

²⁴⁷ A tratativa define um método segundo o qual, os profissionais que desenvolvem a advocacia/negociação colaborativa, devem se retirar do patrocínio da causa, se as partes forem ao tribunal, na eventual hipótese de judicialização do objeto proposto na negociação (WEBB; OUSKY, 2011, p. 216-217, tradução nossa). Nesse sentido, a descrição literal do texto: “(...) *The word “collaborative,” when used to describe a method of practice within the legal system, has now become internationally recognized as defining a method of practicing in which the professionals must withdraw if the parties proceed to court in a contested matter* (WEBB; OUSKY, Op. cit., 2011, p. 216-217, tradução nossa).

²⁴⁸ Para Tesler (2004, p. 328, tradução nossa), ao contrário dos advogados convencionais que litigam no modelo judicial, o advogado colaborativo compartilha o risco de fracasso na colaboração com os seus clientes, classificando respectivo modelo, como uma forma criativa de alternativa para a resolução do conflito. Nesse sentido, a exatidão do texto: “(...) *Unlike litigation attorneys, collaborative lawyers share the risk of failure in collaboration with their clients. Collaborative lawyers see these features of the collaborative law model as powerful aids to creative conflict resolution – as the means for liberating the effective problem solver trapped within litigating lawyers* (TESLER, Op. cit., 2004, p. 328, tradução nossa).

voltado ao litígio, especializado na área em questão, e que trabalhe com demandas nos tribunais, método tradicional vivenciado na realidade (Webb; Ousky, 2007, p. 11, tradução nossa).

Em complemento, o referencial teórico abaixo ilustrado, retrata de forma comparativa, os aspectos do método tradicional de solução de conflitos (vias judiciais)²⁴⁹, em paralelo ao modelo colaborativo, de forma a convencer a comunidade jurídica, pela adoção do direito colaborativo para a solução de conflitos.

A esse respeito, todo e qualquer processo, inicia-se pelo procedimento dialético de petição e resposta, intimações com respectivas ordens coercitivas e um Tribunal, representado por um agente, que conduzirá o processo na figura de Poder Estatal. No presente caso, todo o manejo processual requer o custeio das partes que movimentam a máquina estatal. Além disso, o choque das partes em receber o mandado de uma ordem judicial, pode implicar em respostas agressivas, dor, rejeição, humilhação, constrangimento e vergonha (Webb; Ousky, 2007, p. 12-13, tradução nossa). Pelo método colaborativo, as etapas formais iniciais costumam ser dispensadas, a fim de que as partes se concentrem efetivamente na resolução da disputa, esquecendo as questões emocionais. Nesse raciocínio, comprometem-se as partes, ao contrato (acordo) de participação, com várias obrigações, no entanto, com plena ciência dos objetivos e propósitos da negociação, sem qualquer forma de serem surpreendidas da relação (Webb; Ousky, 2007, p. 15, tradução nossa)²⁵⁰.

Ainda, no quesito tempo, no processo de divórcio, ou até mesmo, para o caso em tela da presente proposta nos contratos de franquia, as discussões pelo processo judicial podem levar anos até a decisão final (Webb; Ousky, 2007, p. 16-17, tradução nossa). Enquanto isso, problemas iminentes precisam ser dirimidos. Na tradição do conflito, a ausência de contato entre as partes, implicaria em dificuldades na solução de impasses, a exemplo, na continuidade das atividades de

²⁴⁹ Para Macfarlane (2008, p. 50/54, tradução nossa), ao fazer uma comparação ao direito norte americano, o padrão de resolução de disputas com base em direitos, ou seja, pelo modelo ganha-perde (*adversarial*), em que os advogados defendem interesses opostos perante os tribunais, raramente é contestado seja nos bancos acadêmicos, seja na vida profissional. Para a autora, muitas vezes, a mediação e a advocacia colaborativa são ridicularizadas como uma abordagem suave e amorosa do mundo. Em muitos casos, uma negociação sensata e transparente, com apreciação acurada dos fatos e fundamentos legais, é uma estratégia mais adequada, e que vislumbra de forma específica os reais interesses das partes. A ideologia (pensamento jurídico – tese), deve ser substituída por estratégias, ideias (MACFARLANE, Op. cit., 2008, p. 50/54).

²⁵⁰ A expressão literal do texto: “(...) *In the Collaborative method, most of the formal steps outlined above are either waived or postponed so that you and your spouse can immediately focus on resolving the major issues in your divorce* (WEBB; OUSKY, Op. cit., 2007, p. 15)”.

franquia, o fornecimento de produtos e assistência por parte de Franqueador a Franqueado. Como alternativa, no direito colaborativo, a maioria das questões emergenciais são tratadas em reuniões iniciais, com solução em curto prazo, custo relativamente menor e resultados mais eficazes, evitando a hostilidade, e, batalhas infundáveis nos Tribunais (Webb; Ousky, 2007, p. 17, tradução nossa)²⁵¹.

Outro ponto de destaque, se refere a troca de informações, notadamente, situações fáticas claras e precisas quanto ao conflito proposto. Para o método judicial, a obtenção de informações apresentadas voluntariamente pelas partes pode custar caro, e configurar prática invasiva, e, ainda, não divulgada na integralidade, com a franqueza e veracidade que deveria se obter. Para o direito colaborativo, o acordo de participação, parte da premissa de que as partes devam divulgar voluntariamente os argumentos pertinentes ao conflito, espontaneamente, ou com o auxílio dos advogados de forma técnica e fiel, em um ambiente seguro, sem a preocupação de que as respostas sejam usadas contra quem as apresentou (Webb; Ousky, 2007, p. 19-20, tradução nossa)²⁵².

A etapa interdisciplinar, que consiste na contratação de especialista²⁵³, é um ponto fundamental, e que favorece a implantação

²⁵¹ Para Webb e Ousky (2007, p. 17, tradução nossa) enfatiza-se a prática colaborativa, para efeito de solução de questões provisórias, tratadas em reuniões isoladas, permitindo em substituição ao longo tempo para conclusão das decisões judiciais, situação que culmina na redução de tempo e custos. Ademais, há uma redução na hostilidade e raiva entre as partes, situação que pode ocorrer nas batalhas travadas nos Tribunais. O sentido literal do texto expressa com clareza: “(...) *In the Collaborative process, most temporary issues are handled at one of the initial four-way meetings. Because sometimes it can take months to get a court date, and weeks more for a judgment, resolving your short-term concerns out of court will save you and your business a lot of time and money. It also reduces the anger and hostility the courtroom battles can cause...* (Ibid, 2007, p. 17, tradução nossa).

²⁵² A confidencialidade para Maziero (2018, p. 32-33) é um princípio preponderante no processo colaborativo. Corolário do princípio da informação, como todas as informações são apresentadas pelas partes, o segredo é indispensável, inclusive, para que todas as informações fiquem resguardadas em relação a eventual processo judicial ou arbitral em trâmite, salvo a hipótese de interesse público, ou por determinação judicial. O processo colaborativo, como regra, advém de causas de direito de família, e toda as informações como regra, devem ser sigilosas. Nesse sentido, a confidencialidade deve ser tratada como premissa de tratamento na política de solução de conflitos em relação ao processo colaborativo (MAZIERO, F. G. M. Inovação na solução de conflitos: a advocacia colaborativa, **Percorso Acadêmico**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 23-46. Jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/percusoacademico/article/view/17430/13789>. Acesso em: 14 abr. 2024).

²⁵³ A colaboração de uma equipe interdisciplinar é fundamental no processo colaborativo. Antes de qualquer negociação efetiva em reunião de quatro vias, manifesta-se uma exploração honesta dos valores, interesses, objetivos e preocupações dos clientes. Ademais, as expectativas da equipe (psicólogo, analista financeiro), a partir de uma base compartilhada de informações (coleta de informações) são compiladas, e todas as perguntas devem ser devidamente respondidas antes de qualquer negociação.

do direito colaborativo em detrimento ao método tradicional. É comum a nomeação de profissionais técnicos pelo Juízo, para efeito de obtenção de informações técnicas referente aos fatos do processo, circunstância que aos olhos do homem médio, se tornaria laboriosa a tarefa de se enxergar. Pelo método judicial, além da proposta de um perito, aliada as informações técnicas de assistentes técnicos indicados pelas partes, provocaria um gravame de custos aos envolvidos, além da morosidade representada pelo desgaste de tempo, na entrega de laudos, impugnação, possibilidade de anulação do laudo pelo não esclarecimento em sede de recurso (Webb; Ousky, 2007, p. 20-21, tradução nossa). Para o direito colaborativo, o uso interdisciplinar é comum e não conflitivo, de maneira que o(s) profissional(is) técnico(s) é/são escolhido(s) pelas partes, representada por uma lista de especialistas, com forte reputação, competência e imparcialidade (Webb; Ousky, 2007, p. 21, tradução nossa).

Com efeito, na eventual hipótese de contratação de especialista, o próximo passo é a negociação do acordo. No modelo tradicional, as tratativas são posicionais, com efetiva barganha e argumentos de direito na defesa unilateral dos direitos de seu cliente. Respectivos argumentos em conflito são presididos pela figura da autoridade estatal, e as vontades das partes, costumeiramente transmitidas pela figura de seu representante (advogado), sem as externalidades subjetivas e voluntárias das partes, o que dificultará muitas vezes, a exata compreensão dos interesses e reais pretensões das partes (negligenciam-se muitas vezes, as posições efetivas das partes) (Webb; Ousky, 2007, p. 22, tradução nossa). Para o direito colaborativo, como alternativa viável, os advogados colaborativos são previamente treinados para analisar os objetivos gerais do conflito, com base nas informações apresentadas pelas próprias partes (atuantes no processo de negociação) (Webb; Ousky, 2007, p. 23, tradução nossa)²⁵⁴.

Esse tipo de base factual pautada em valores, é a matriz de toda e qualquer negociação. Nesse sentido, a expressão literal do texto: “*(...) In addition, the team's expectation-also commonly reflected in practice group protocols-is that a shared foundation of complete, accurate financial and other information will be compiled and that all questions will be answered before negotiations commence and solutions are considered. This kind of factual and values-based foundation supports a negotiating process* (Tesler, 2008, p. 111, tradução nossa)”. Complementa-se como características essenciais no processo de atividades interdisciplinares: a) compromisso dos profissionais em não pressionar as partes, e facilitar o negócio, na medida dos interesses e emoções envolvidas; b) disponibilidade e compromisso compartilhados de profissionais de várias áreas, para atuar de forma individual e principalmente compartilhada no intuito da resolução dos problemas; c) tratar a informação das partes, não como arma secreta, mas como informação coletiva e compartilhada. (Tesler, 2008, p. 113, tradução nossa) (TESLER, P. H. Collaborative Family Law, the New Lawyer, and Deep Resolution of Divorce-Related Conflicts, **Journal of Dispute Resolution**, Article 7, p. 83-130, 2008. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/>. Acesso em: 21 abr. 2024, tradução nossa).

²⁵⁴ Para Webb e Ousky (2007, tradução nossa), os advogados são previamente treinados para adotar estratégias mais eficazes em favor das partes, a exemplo, na definição de

Após os procedimentos de negociação ou instrução do processo, chega-se a duas conclusões: o acordo, ou a decisão final de mérito. Na grande parte dos processos judiciais, é cediço que os custos financeiros e emocionais, em que pese a eventual resposta de um acordo antes da decisão final, são naturalmente e de forma penosa suportados pelas partes. Ao final, na ausência de autocomposição, as partes, uma delas, ou ambas, podem amargar uma resposta não adequada, distante dos moldes que pretendia quando do início do processo (Webb; Ousky, 2007, p. 24, tradução nossa)²⁵⁵. No direito colaborativo, afastam-se procedimentos como as audiências e julgamentos, de maneira que o acordo é realizado pela vontade das partes, ao ponto de concluir que problemas futuros decorrentes do acordo entabulado, ficarão sob condição facilitada de negociação, em razão da participação ativa das partes na confecção e condições do acordo (Webb; Ousky, 2007, p. 25, tradução nossa).

Ao final, como última etapa, Webb e Ousky (2007, p. 25, tradução nossa) enfatizam a preocupação das questões pós divórcio. Nesse sentido, em grande parte, a decisão de acordo ou julgamento no processo judicial, não ensina a forma das partes em tratar com questões futuras, como o sustento dos filhos, guarda etc... Para o direito empresarial, em analogia, não há explicações e treinamento, da forma como as empresas devem continuar demonstrando seus reais interesses de colaboração em um contrato de franquia, mesmo com a conclusão de manutenção das avenças contratuais em determinada Ação de Rescisão de Contrato, com realização de acordo judicial. Nesse sentido, tal situação poderá provocar a duplicação de despesas, ou até mesmo como desfecho, a judicialização em relação a novas demandas. Para o direito colaborativo, não há razão para inconformismos, uma vez que, a decisão foi conjunta e qualquer questão futura a ser dirimida, as partes estão pela maturidade, melhor preparadas por condições e critérios personalíssimos criados de forma compartilhada no acordo (Webb; Ousky, 2007, p. 26, tradução nossa).

Em complemento aos propósitos comparativos do modelo colaborativo de solução de conflitos *versus* a via do modelo tradicional da jurisdição, vale lembrar que o processo colaborativo, em analogia,

metas comuns, escuta ativa, a identificação dos interesses comuns, a criação de soluções criativas, e maximização dos resultados (Webb; Ousky, Op. cit., 2007, p. 23, tradução nossa).

²⁵⁵ Nas palavras de Webb e Ousky (2007, p. 24, tradução nossa), “(...) Como resultado, as cicatrizes emocionais de um julgamento de divórcio podem durar a vida toda”. Na descrição literal do autor: “(...) As a result, the emotional scars from a divorce trial can last a lifetime” (Ibid., 2007, p. 24, tradução nossa).

se assemelha a construção de uma casa²⁵⁶. Os objetivos²⁵⁷ e interesses são construídos a longo prazo através de uma base enraizada. Quanto mais seguro se estiver nas metas, maior a probabilidade de se alcançar os resultados de forma bem-sucedida. As quatro vias se desenvolvem como a estrutura da casa. A qualidade do resultado, dependerá da base e estrutura que a sustenta (Webb; Ousky, 2007, p. 91, tradução nossa)²⁵⁸.

Na prática, as reuniões preliminares: a) são frequentadas pelas partes e advogados; b) realizadas nos escritórios de um dos advogados das partes, ou em salas de conferências (reuniões) neutras²⁵⁹; c) acontecem intervaladas, de duas a quatro semanas de intervalo, em momentos que todos os participantes possam estar presentes; d) No procedimento das reuniões realizam-se as apresentações das partes, com um tom definido entre os envolvidos (Webb; Ousky, 2007, p. 92, tradução nossa).

As regras básicas do procedimento são explicitadas em ordem

²⁵⁶ Nesse contexto, qualquer que seja o tipo de casa que se construa, inicia-se pela fundação, estrutura, até o telhado, com o acabamento nas partes finais. Quanto tempo e pessoas precisam estar envolvidas para construir uma? Em resposta, de forma análoga ao direito colaborativo, depende como a parte queira construir a casa e seus objetivos no direito colaborativo. Caso queira uma construção específica e detalhada, melhor contar com a experiência de um arquiteto (especialista). No direito colaborativo, a participação de especialistas, contribui de forma significativa, para uma fiel construção do acordo (Tesler; Thompson, 2007, p. 39-40, tradução nossa) (TESLER, P.; THOMPSON, P. **Collaborative divorce**: the revolutionary new way to restructure your Family, resolve legal issues, and move on with your life. New York: HarperCollins e-books, 2007, tradução nossa).

²⁵⁷ Para Webb e Ousky (2007, tradução nossa), é pouco provável que as partes alcancem a integralidade de objetivos almejados no processo colaborativo. Contudo, indispensável elencar uma lista com prioridades de objetivos. Isso facilitará o poder de concessões na tomada de decisão. Citam-se, a exemplo, algumas maneiras de organização dos objetivos: a) liste os objetivos por ordem de prioridade; b) revise a lista, e analise quais podem ser eliminados; c) faça uma nova análise, e verifique quais interesses poderiam ser eliminados, e vá atualizando, ao ponto de se questionar – os objetivos são realistas? É realista, ao ponto de qualquer esforço para poder alcançá-lo? É legítimo e comum a ambas as partes o esforço? (Webb; Ousky, Op. cit., 2007, p. 119, tradução nossa).

²⁵⁸ Nesse sentido, a expressão literal do texto para Webb e Ousky (2007): “(...) *Although the analogy often overused, the Collaborative process is similar to Building a house. Your long-term goals and interests are the foundation. The more secure you are in the goals you have established, the more likely you are to achieve the successful and durable outcomes that you want* (Ibid., 2007, p. 91, tradução nossa).

²⁵⁹ O ambiente vai muito além da proteção da integridade física das partes. Fala-se em ambiente, o local que proporcione conforto e segurança as partes, ao ponto de uma manifestação de interesses sem pressão, de forma a permitir o empoderamento das partes na reunião de dados, enfrentamento do problema e tomadas de decisões, pautada nos interesses propostos. O ambiente deverá proporcionar com que as partes não realizem ameaças (pessoais, ou de ir até o Tribunal), acusações. Ponto relevante é o livre arbítrio das partes em decidir pelo não sei, considerar as propostas apresentadas, ou até mesmo se opor ao comportamento dos participantes. Todas as opiniões são consideradas e honestas, com o respeito a escuta ativa, e a possibilidade de pausas no processo colaborativo (Ibid., 2007, p. 96, tradução nossa).

lógica. Com a primeira reunião, o Acordo de Participação é revisado e assinado²⁶⁰. As metas e os interesses²⁶¹ comuns são delimitados²⁶². Identificam-se os problemas para efeito de priorização e análise de alternativas para a futura solução dos impasses. Manifestam-se o agendamento de novas reuniões, de forma a incluir outros especialistas na atividade (Webb; Ousky, 2007, p. 92-93, tradução nossa).

No processo de resolução de conflitos, a primeira etapa se perfaz pela identificação dos problemas. Não há como responder a qualquer indagação, sem antes se conhecer das perguntas. É indispensável identificar, o maior número de situações problemas, para que se estabeleçam prioridades de objetivos no trilhar da solução dos conflitos (Webb; Ousky, 2007, p. 94, tradução nossa).

Na medida em que os problemas se tornam identificáveis, indispensável a reunião do maior número de fatos sobre a situação apontada. Jamais pode-se falar em tomada de decisão, sem que antes as partes disponham do maior número de informações possíveis sobre os problemas apresentados (Webb; Ousky, 2007, tradução nossa)²⁶³.

²⁶⁰ O acordo de participação difere do acordo/contrato de honorários. O acordo de participação especifica os compromissos e responsabilidades que cada profissional e as partes terão, durante o trâmite do processo colaborativo. Nada será feito de trabalho, salvo entrevistas preliminares, até a efetiva assinatura do acordo. O compromisso da confidencialidade, de todos que fazem parte do procedimento é regra, e jamais poderá ser violada, salvo a hipótese de questões de interesse público exigidas pelo Estado. É preciso esclarecer, que todo e qualquer documento criado no procedimento colaborativo, jamais poderá ser utilizado para as vias judiciais, salvo, como dito, a hipótese de informações que decorram de interesse público do Estado (Tesler; Thompson, Op. cit., 2007, p. 81-82, tradução nossa).

²⁶¹ O sucesso do processo colaborativo (Webb; Ousky, 2007, tradução nossa), em suma, se resume ao que as partes realmente querem (objetivos, curto e longo prazo), o que estão dispostas a fazer (para atingir os objetivos), e como alcançar os objetivos (estratégias). Nesse sentido, a tradução literal do texto: “(...) Success via the Collaborative process comes down to determining what you really want (establishing your goals), determining what you are willing to do to achieve these goals (deciding what to commit to), and then deciding how to go about achieving your goals (crafting a strategy) (Webb; Ousky, 2007, Op. cit., 2007, p. 104, tradução nossa).

²⁶² Há uma tendência de fixação em resoluções imediatas, sem observar com cautela os reais objetivos que se pretende em relação ao problema proposto. O sucesso no direito colaborativo dependerá com que as partes e advogados parem no meio do caos, e busquem identificar objetivos de longo prazo. O compartilhamento dos interesses comuns, é algo que deve ser identificado pelas partes envolvidas no processo colaborativo (Ibid., 2007, p. 105, tradução nossa).

²⁶³ Nesse ponto, adentra-se com destaque a coleta de informações. Para Tesler e Thompson (2007, tradução nossa), o tempo de coleta de informações perdura até que a equipe colaborativa tenha ajudado as partes, a alcançarem o consenso mais amplo possível. É preciso dizer que o consenso não se confunde com a decisão final (o acordo vem mais tarde, como última etapa do procedimento). O consenso significa dizer que as partes, a partir da coleta de informações, encontram-se seguras e alinhadas em relação ao mundo interno e externo do problema proposto, para futura e madura tomada de decisão. Uma vez existente o consenso das partes, o medo e a insegurança diminuem, a confiança de uma solução aumenta (Tesler; Thompson, Op. cit., 2007, p. 142-143,

Com a reunião dos fatos, desenvolva opções sobre os fatos apontados, de forma a criar uma gama de possibilidades criativas, para a melhor solução. Adiante, busque identificar soluções. Se as partes e advogados, realizaram de forma exitosa a identificação dos problemas, a reunião de fatos e organização de opções de escolhas de resultados, o procedimento de solução ou soluções do caso concreto, se tornará mais eficaz para uma melhor na satisfação do conflito (Webb; Ousky, 2007, p. 95, tradução nossa).

Outro ponto relevante que se destaca no processo colaborativo, é o nível de compromisso das partes, por tratar-se de um indicador indispensável para o sucesso no resultado final do caso. O compromisso se materializa de forma emocional, com horário e financeiro (Webb; Ousky, 2007, p. 120, tradução nossa).

Sobre o comprometimento emocional, especialmente na seara de família, confrontar com a parte adversa sob questões íntimas, pode provocar desafios emocionais, com grande dificuldade de lidar. Nesse caso, recomenda-se pausas nas reuniões, a suspensão ou até mesmo a redesignação da reunião para outro momento. Ainda, é viável as conversas particulares diretamente com o advogado, e até mesmo, o auxílio interdisciplinar com profissionais da área da psicologia (Webb; Ousky, p. 121, tradução nossa).

O requisito tempo²⁶⁴, para fins de se aferir a ideia de compromissos no processo colaborativo, é relevante pois é preciso observar o lapso temporal que se leva para a conclusão de conflitos *sub judice*, ao estabelecer comparação com o formato do processo colaborativo. É notório que as tratativas extrajudiciais, a exemplo nas discussões do processo colaborativo, se tornam céleres, quando amplamente discutidas pelas partes dentro de objetivos e interesse comuns. O processo judicial, com todo o formalismo que lhe é peculiar, permite a discussão para esferas/instâncias superiores, o que permitirá com que o processo se conclua no trilhar de anos. A

tradução nossa).

²⁶⁴ O quesito tempo é algo extremamente relativo, mas forçadamente defendido pelas práticas colaborativas, como técnica mais célere em relação ao método tradicional (resposta jurisdicional). Contudo, para Tesler e Thompson (2007, tradução nossa), não há uma resposta concreta do tempo correto. Muitas vezes as reuniões atrasam por conta de compromissos e viagens das partes, ou até mesmo, pela pendência de um cálculo da equipe multidisciplinar, e as providências de documentos das partes, pendentes em mãos de terceiros. Nesse sentido, enquanto o processo colaborativo se desenvolve, o tempo não para, e, portanto, o conselho é fazer a lição de casa, e estar preparado para as reuniões, a fim de que as etapas possam avançar. Nesse sentido, a tradução literal: “(...) *The best advice we can give on keeping the process moving in a timely manner is to your homework and be prepared for meetings, because good preparation helps move the process along. Simply thinkig ahead about topics and issues and planning how to presente your interests and concerns clearly will speed the process and cut costs* (Ibid., 2007, p. 55-56).

estimativa do processo colaborativo, com a realização das 4 (quatro) vias, implica a conclusão das discussões e resposta ao conflito proposto, no máximo entre 04 (quatro) a 08 (oito) meses de desenvolvimento²⁶⁵ (Webb; Ousky, 2007, p. 122, tradução nossa).

O fator financeiro em relação aos compromissos, é motivo de grande preocupação no processo colaborativo, haja vista que, a grande maioria presume que os custos judiciais de um processo, serão proporcionalmente excessivos, em relação aos custos do processo colaborativo. Na realidade, a assertiva proporcional costumeiramente é verdadeira, contudo, indispensável que as partes estejam cientes de que o processo colaborativo, requer das partes, cautela e segurança em relação aos custos com honorários de profissionais, especialmente por se tratar de um procedimento que envolve equipes interdisciplinares para a facilitação do conflito²⁶⁶ (Webb; Ousky, 2007, p. 125-126, tradução nossa)²⁶⁷.

Com a transmissão dos principais aspectos do direito colaborativo, importante traçar algumas considerações sobre o passo a passo do procedimento colaborativo, especialmente, pelas referências anteriormente descritas sobre as reuniões de quatro vias²⁶⁸.

De forma similar ao processo de divórcio colaborativo, para o cenário empresarial, em especial aos contratos de franquia, é indispensável como premissa, que as partes tenham se utilizado da contratação de um advogado colaborativo²⁶⁹, ciente dos propósitos do

²⁶⁵ É preciso esclarecer que o cálculo de tempo proposto para a conclusão do conflito pelas vias das práticas colaborativas, levou-se em consideração os trâmites do processo norte-americano. Contudo, acredita-se que para os efeitos de aplicação em terras brasileiras, a estimativa se limite entre 01 (um) a 02 (dois) anos de procedimento.

²⁶⁶ Para Webb e Ousky (2007), importante as partes estimarem uma quantia maior do que aquela que se presume por razoável. Portanto, a reserva de custos, para a escolha de profissionais qualificados, permite uma aceleração do processo com eficácia. Confiar em outras pessoas, especialmente especialistas nas áreas técnicas (psicólogos, analistas financeiros), requer uma programação prévia no orçamento das partes (Webb; Ousky, op. cit., 2007, p. 127/130, tradução nossa).

²⁶⁷ Na prática norte americana, profissionais recebem por hora de trabalho. Contudo, mesmo com a remuneração dos honorários de profissionais colaborativos, e equipe interdisciplinar (contador, psicólogo), conclui-se que a resposta é eficaz e com menores custos, do que o modelo tradicional, representado por uma batalha a base de posições e barganhas, muitas vezes com resultados insatisfatórios a uma das partes, e até mesmo a ambas as partes (Tesler; Thompson, Op. cit., 2007, p. 55-56, tradução nossa).

²⁶⁸ A expressão reunião de quatro vias é enfatizada por várias oportunidades em sua obra, e destaca o número 4, para se referir ao número de pessoas dispostas na execução do processo colaborativo, a princípio, compreendido pelo advogado e respectivas partes. Para Webb (2007), as reuniões denominadas de *face to face* (face a face), devem ser realizadas com o menor número de pessoas possíveis (partes e advogados), com o permissivo das reuniões intermediárias entre as reuniões principais, envolvendo advogados, parte e profissionais interdisciplinares (Ibid., 2007, p. 91, tradução nossa).

²⁶⁹ O referencial teórico (Maziero, 2018, p. 32), remete o profissional colaborativo,

acordo de desqualificação. Feito isso, o profissional deverá solicitar das partes, o maior número de informações (documentação) necessária capaz de entender o cenário do conflito proposto, considerando inclusive, que a documentação diga respeito a situações de natureza contábil, financeira, pessoal e imobiliária das partes vinculadas²⁷⁰ (Webb; Ousky, 2007, p. 133, tradução nossa).

Antes da primeira reunião (quatro vias), as partes reúnem-se com seus advogados²⁷¹, justamente para detalhar o que é e para que serve a reunião de quatro vias (Webb; Ousky, 2007, p. 134, tradução nossa)²⁷².

Importante ainda, de forma preliminar, que as partes definam o local²⁷³ das atividades, com a faculdade de realização nos escritórios dos advogados, ou em local neutro, com a viabilidade de alternância dos locais. É preciso esclarecer, que o local, acima de tudo, pertence as partes quando da realização do negócio colaborativo (Webb; Ousky, 2007, p. 134, tradução nossa).

Como pré-requisito para qualquer reunião, objetiva-se

consubstanciado na figura de um agente atuante dentro do princípio da boa-fé, no papel fundamental de uma conduta hígida, ética e com lealdade, com os propósitos de manifesta recusa, na hipótese do cliente buscar a pretensão de meios desonestos, no intuito de enganar a parte contrária. Da mesma forma, o advogado deverá declinar da representação colaborativa, porventura verifique que uma das partes queira utilizar informações do processo colaborativo em favor do processo judicial (MAZIERO, F. G. M. Inovação na solução de conflitos: a advocacia colaborativa, **Percurso Acadêmico**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 23-46. Jan./jun. 2018).

²⁷⁰ A obra original de Webb e Ousky (2007, p. 133, tradução nossa) enfatiza o procedimento voltado ao divórcio, de forma que os cônjuges deverão providenciar os documentos pertinentes ao divórcio (pessoal, contábil, financeiro, imobiliário, ações pendentes, sociedades etc...). Para a presente tese, buscar-se-á estabelecer um foco genérico da advocacia colaborativa, para que se compreenda a aplicação para outras áreas, a exemplo, no direito empresarial. A transparência é caracterizada como princípio típico no processo colaborativo, de forma que as partes e advogados devam reconhecer, que o maior número possível de informações deva ser transmitida, para o fiel andamento e sucesso do procedimento (Webb; Ousky, op. cit., 2007, p. 32, tradução nossa).

²⁷¹ Nesse momento, que se destaca o princípio da informação (Maziero, 2018, p. 30), ocasião em que, o profissional colaborativo abordará todas as hipóteses de vias alternativas de conflitos (arbitragem, mediação, conciliação, negociação) e as vias judiciais, incluindo pontos positivos, negativos, e as consequências de cada uma delas (Maziero, Op. cit., 2018, p. 30).

²⁷² Respectiva fase denomina-se preliminar ou de preparação, que antecede a primeira reunião de quatro vias. Intitula-se comumente como fase preliminar, introdutória, ou fase de concepção (Lucca, 2020, p. 88) (LUCCA, J. G. de. **Práticas Colaborativas**: um caminho não adversarial e interdisciplinar na transformação dos conflitos de família. 2020. 119 p., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/7642>. Acesso em: 13 abr. 2024).

²⁷³ O custo benefício, é algo relevante para as partes em matéria de escolha do local, haja vista que a proximidade entre as mesmas, em razão de localidade e dos profissionais que exercerão o trabalho, contribuirá para tornar eficaz a relação dos custos das atividades (Webb; Ousky, op. cit., 2007, p. 134, tradução nossa).

estabelecer uma pauta completa dos assuntos a serem tratados, sendo eles, os de procedimento por parte dos advogados, e os substanciais de competência das partes. Nesse caso, discuta por intermédio das partes, o porquê da escolha do método colaborativo e as principais expectativas que vislumbram do procedimento (Webb; Ousky, 2007, p. 134, tradução nossa).

Indispensável que se redija, revise as regras básicas, representadas pelo acordo de participação²⁷⁴ real e a petição conjunta, que representa o acordo formal, que permite o pontapé inicial do procedimento (Webb; Ousky, 2007, p. 135, tradução nossa).

O processo comunicativo na reunião de quatro vias é livre, e segue qualquer direção, com naturalidade, respeito, com o tom de bom senso que se requer em um procedimento que as partes contribuam entre si para a solução do conflito. Importa esclarecer, que a comunicação²⁷⁵ se dá inclusive, entre uma das partes, com o advogado da parte contrária²⁷⁶. Por isso, torna-se benéfica a escolha de profissionais advogados em comum pelas partes, ainda que cada um disponha de advogado específico. O que importa, é a forma de lidar com os interesses de seus clientes em específico, atendendo a contento, o interesse da outra parte, pelo fato da colaboração de interesses envolvidos no problema apresentado (Webb; Ousky, 2007, p. 135, tradução nossa).

Nesse raciocínio, com os passos preliminares delineados e consolidados, a seguir, descreve-se de forma pormenorizada, o trilhar das reuniões vinculadas ao processo colaborativo.

A primeira etapa, importante esclarecer acerca da solidificação dos propósitos de procedimento e assuntos substanciais que serão

²⁷⁴ Trata-se do documento formal que constará em específico, o formato da colaboração entre as partes, seus compromissos, e princípios basilares a serem seguidos no processo colaborativo. Muitas vezes, a primeira reunião é ocupada em grande parte, para os esclarecimentos iniciais, formato e condições do processo colaborativo, para a leitura, revisão e assinatura das partes. No Direito Norte-Americano, ao contrário das práticas adotadas em Estados brasileiros, os regramentos dos acordos de participação podem variar de Estado para Estado (Webb; Ousky, op. cit., 2007, p. 140-141, tradução nossa).

²⁷⁵ O tom de respeito deve prevalecer, sem qualquer hipótese para acusações, posicionamento unilateral, qualquer tipo de reação emocional, ou omissão de informações. A comunicação no processo colaborativo é livre, conjunta e aberta, uma escuta ativa, a ponto de repetir as perguntas e falas realizadas pelas partes, como forma de transmitir ao terceiro, a devida atenção e respeito (Ibid., 2007, p. 137-138, tradução nossa).

²⁷⁶ A relação entre a parte e o advogado da parte contrária é alvo de comparação por Webb e Ousky (2007, p. 137, tradução nossa), em relação ao processo judicial justamente pelo fato de que *sub judice*, não há a menor confiança em relação ao procurador da parte contrária. No processo colaborativo, exatamente pelo fato de que os advogados e partes são uma equipe, a comunicação é livre e espontânea. No entanto, a espontaneidade deve ter limites, para se manter a lisura e equilíbrio no procedimento (Ibid., 2007, p. 137, tradução nossa).

discorridos na reunião, uma vez que, quando bem delimitados quanto ao tom, e respeito das partes vinculadas ao procedimento, permitirá com grande relevância, a fiel condução dos trabalhos para as próximas reuniões. Nesse sentido, há o primeiro contato entre partes e advogados, que podem previamente se conhecer ou não. Também, manifesta-se o primeiro contato entre a parte e o advogado da parte contrária (Webb; Ousky, 2007, p. 141, tradução nossa)²⁷⁷.

No contato inicial, as partes e advogados analisam com calma e de forma acurada o Acordo de Participação, ora realizando a leitura conjunta, ora realizando a leitura por parte de cada advogado, ou, ainda, a leitura resumida para as partes, com a abertura de questionamentos por todos. Indispensável reiterar, que o acordo de participação precisa ficar transparente aos advogados, e, principalmente as partes envolvidas, justamente para se especificar as regras básicas²⁷⁸ nele contidas (Webb; Ousky, 2007, p. 141-142, tradução nossa).

Entende-se como relevante, a abertura de espaço para as partes, a fim de estabelecer a escuta ativa, de forma a demonstrar o maior número de interesses, intenções e problemas possíveis. Ademais, as partes precisam estar preparadas para todo e qualquer questionamento advindo do advogado que contratou, e do advogado da parte contrária (Webb; Ousky, 2007). Ao contrário do método tradicional, no direito colaborativo, suas afirmações não podem ser usadas contra você, mas em favor comum das partes que estão desenvolvendo o método colaborativo. A resposta das partes, deve ser encorajada pelo advogado que contratou, como se você estivesse respondendo ao um amigo, com transparência e lealdade (Webb; Ousky, 2007, p. 143-144, tradução nossa)²⁷⁹.

Do mesmo modo, é nesse momento que se discutirá a hipótese

²⁷⁷ Diversamente dos acordos realizados em métodos tradicionais, em que os advogados muitas vezes negociam pelas partes, no processo colaborativo os advogados nunca negociam por você e jamais conduzem negociações sem que as partes e advogados estejam presentes (Tesler; Thompson, 2007). Ademais, na primeira reunião a quatro, as partes conhecem pela primeira vez o advogado da parte contrária, e, por conta disso, muitas vezes, determinadas discussões e questões ficam para deliberação em novas reuniões (Tesler; Thompson, Op. cit., 2007, p. 94-95, tradução nossa).

²⁷⁸ Nas regras básicas do acordo, importante se formalizar inclusive, a possibilidade de encontro no interstício das reuniões principais entre as partes, e inclusive os advogados, elencando formalmente os lugares que serão realizadas. A flexibilidade da mudança de datas entre as principais reuniões pode ser amplamente efetivada, exatamente para permitir com que as partes estejam realmente propostas para os próximos passos das reuniões (Webb; Ousky, op. cit., 2007, p. 146, tradução nossa).

²⁷⁹ Nesse sentido, a expressão literal do texto: “(...) Your attorney will likely encourage you to answer the questions in the same manner as if you were explaining your situation to a friend. This commitment to candor and transparency will be reciprocated by your spouse and will allow important information to come out in much less time than it would take during the traditional process (Ibid., 2007, p. 144)”.

de adicionar membros a equipe, de natureza interdisciplinar²⁸⁰, seja da área financeira, contábil²⁸¹, humanas, como forma de colaborar no processo produtivo do acordo colaborativo (Webb; Ousky, 2007, tradução nossa)²⁸². Há uma hipótese inclusive, da possibilidade de inserção de um mediador²⁸³, neutro, que possa fazer a tarefa de facilitador do conflito proposto, além da figura dos advogados como negociadores colaborativos (Webb; Ousky, 2007, p. 145, tradução nossa).

Com a conclusão da primeira etapa²⁸⁴, indispensável absorver

²⁸⁰ Tesler e Thompson (2007, p. 43-44, tradução nossa), fala-se na figura do Coaching colaborativo, diferente da figura do Coach de vida (*Life Coaching*), que para o direito norte americano, este é representado pela pessoa que ajuda indivíduos a identificar e atingir seus objetivos pessoais. O Coaching colaborativo vai muito além do *life coaching*, e representa anos de estudos em pós-graduação e treinamentos, não trabalhando somente com o indivíduo, mas com um sistema familiar ou empresarial, que está à beira de um colapso. O *Coaching* colaborativo, também chamado de profissional colaborativo, é representado pela figura do psicólogo facilitador/colaborativo, no entanto, o advogado colaborativo é indispensável em toda e qualquer prática colaborativa, em razão dos pareceres e considerações de natureza legal (Tesler; Thompson, 2007, p. 67-68). Ainda, o consultor/analista financeiro, que pode ser representado pela figura de um contador, administrador ou economista, é o responsável por analisar o todo do patrimônio familiar, empresarial, ativos e passivos, como forma reestruturação da vida familiar/empresarial em momentos de colapso ou ruptura (Tesler; Thompson, Op. cit., 2007, p. 45-46, tradução nossa).

²⁸¹ A procura de um analista financeiro é realizada comumente entre a primeira e a segunda reunião, ocasião em que, as partes alocam todas as informações financeiras e compartilham em favor deste profissional. Este profissional, como membro neutro da equipe, ajudará as partes quanto a receita, e até mesmo as formas de lidar com financeiro e sustento, em um período delicado de transição na respectiva negociação. Importante salientar, que o consultor financeiro, está para a coleta de informações e tomada de decisões iniciais no processo colaborativo, bem como, para o acompanhamento durante e pós processo de negociação (Ibid., 2007, p. 100-101, tradução nossa).

²⁸² Para Maziero (2018), a hipótese de um profissional, ou profissionais interdisciplinares para a contribuição das soluções concretas no processo colaborativo, é realizada de forma conjunta pelas partes, e menos oneroso, haja vista que um profissional é substituído pela figura de perito e assistentes técnicos. O posicionamento do perito, caso as partes discordem, não gera efeito vinculante, mas tão somente opinativo e de contribuição (Maziero, Op. cit., 2018, p. 35).

²⁸³ Ponto referencial de destaque, é o caráter auxiliar da figura do mediador e não principal. No direito colaborativo, o mediador não é o responsável pela condução dos trabalhos, muitas vezes dispensável. O foco do direito colaborativo são as partes e advogados em comum interesse na negociação colaborativa. Nesse sentido, Tesler e Thompson (2007), estabelecem a diferenciação entre o direito colaborativo e a mediação: no direito colaborativo, as partes possuem advogados contratados para atuarem de forma colaborativa aos interesses das partes – na mediação não existem reuniões privadas entre mediador e partes; no direito colaborativo, os advogados estão propostos a negociação, até porque não poderão defender as partes perante o Tribunal, na hipótese de resposta inexitosa no direito colaborativo – na mediação os advogados são contratados em separado à figura do mediador, e os propósitos de negociação são secundários, haja vista os interesses em conflito no Tribunal (Tesler; Thompson, Op. Cit, 2007, p. 32/34, tradução nossa).

²⁸⁴ Os registros das atividades precisam estar materializados, através de construção de

as principais percepções, impressões, receios que as partes com seus advogados chegaram, no trilhar de toda a transparência desenvolvida na primeira etapa. Ademais, nos intervalos entre as reuniões²⁸⁵, caso as partes tenham se reunido, é importante que os advogados tenham ciência, se a proximidade das partes está melhorando ou piorando o processo colaborativo. Na primeira hipótese, as reuniões entre as partes devem permanecer. Se inexistas, é preciso reduzi-las concentrando as atividades nas reuniões de quatro vias²⁸⁶ (Webb; Ousky, 2007, p. 148, tradução nossa).

Em ato subsequente, chega-se à etapa do enquadramento (Lucca, 2020, p. 91). É preciso esclarecer que não há uma estrutura rigorosa ou padronizada de procedimentos do processo colaborativo. Nessa fase, denominada de gestação, após a concepção (primeira reunião – acordo de participação), há uma troca livre de ideias entre as partes, advogados, e até mesmo entre os profissionais interdisciplinares para, então, buscarem o avanço a uma nova fase, a da negociação (Lucca, 2020, 92). Nesse momento, há plena liberdade de encontros entre as partes, advogados, profissionais técnicos e as partes, de forma a se consolidar os ideais comuns e interesses afins das partes.

A etapa de negociação (*face to face*)²⁸⁷, representada pela reunião

atas, até para a certificação dos principais assuntos desenvolvidos nas atividades, a fim de não se perder nada em relação as reuniões. Nela, incluem-se tarefas de casa que foram acordadas na primeira reunião, a exemplo, apresentação de documentos das partes que não foram disponibilizados na primeira reunião, a escolha de profissionais interdisciplinares para as próximas reuniões (psicólogos, analistas financeiros). Ademais, restará demarcada a ordem do dia (pauta) da próxima reunião (Ibid., 2007, p. 148, tradução nossa).

²⁸⁵ Para Webb e Ousky (2007), o sucesso das reuniões de quatro vias, depende e muito da organização ocorrida no entremedio das reuniões. Sem a preparação, organização e cumprimento das tarefas, estruturação da agenda e assuntos delineados para as próximas reuniões, os resultados podem ser ineficazes. Dentre os cuidados que se deve ter nos intervalos, destacam-se o interrogatório direto entre advogado e parte (percepções, receios, objetivos), o cuidado intrassubjetivo (bem-estar emocional), cumprimento das tarefas de casa (obtenção de documentos, avaliação de bens, escolha de profissionais interdisciplinares), reuniões de mão dupla com a outra parte e seu advogado, e o trabalho com especialistas de outras áreas (Webb; Ousky, Op. cit., 2007, p. 151, tradução nossa).

²⁸⁶ O lado emocional é outro ponto relevante destacado por Webb e Ousky (2007), pois as partes precisam cuidar de si nos intervalos entre as reuniões, recorrendo a distrações com amigos, visita a psicólogos, terapeutas, atividades físicas, como forma de preparar o lado emocional para as próximas atividades. Recomenda-se ainda, o não compartilhamento com amigos e familiares, de informações profundas e confidenciais tratadas no processo colaborativo, em razão da interferência de opiniões alheias aos propósitos já estudados e aprimorados nas práticas colaborativas (Ibid., 2007, p. 152/156, tradução nossa).

²⁸⁷ Acredita-se nos dizeres de Tesler e Thompson (2007, p. 150, tradução nossa), que decorrida a fase de consenso, as partes evoluem para o brainstorming, momento este que não se assemelha a fase negocial do método tradicional (proposta e contrapropostas). No brainstorming colaborativo, a equipe (advogados e profissionais

das partes, com a consolidação dos objetivos e interesses solidificados, reuniões intermediárias já realizadas, e com o devido respaldo interdisciplinar caso existente, as partes buscam, sem qualquer objetivo de barganha/posição ou análise de cunho pessoal/emocional, buscar a solução colaborativa do conflito²⁸⁸.

Na última etapa, denominada de nascimento ou conclusão do acordo²⁸⁹, chega-se o momento da elaboração e conclusão final dos trabalhos, através da confecção ou somente, a assinatura formal do acordo de estipulação, ocasião em que, se deixará estipulado os exatos termos do que fora convencionado durante os encontros, seja pela reunião preliminar, seja na primeira etapa, ou até mesmo, nos encontros entre uma reunião formal e outra²⁹⁰.

No processo de confecção do acordo final no direito colaborativo, um dos advogados ou ambos redigem e revisam seus termos, com a participação próxima das partes. Permanecem constantes, disposições legais e contratuais, que muitas vezes ficam implícitas ao conhecimento das partes, mas que asseguram o devido cumprimento do acordo (Tesler; Thompson, 2007, p.165, tradução nossa). Diferente do método tradicional, no processo colaborativo, os advogados constroem com as partes a melhor solução apontada por todos, suprindo e integrando eventuais omissões, situações esquecidas, nunca para se tirar vantagens ou obter barganhas unilaterais finais (Tesler; Thompson, 2007, p. 165, tradução nossa)²⁹¹.

Em resumo, em que pese as inúmeras classificações de etapas apresentadas por aportes teóricos, e uma zona de penumbra apresentada pela obra clássica de Stuart Webb, é preciso concluir,

interdisciplinares), conduzem as partes a um processo estruturado, em que todos são convidados a imaginar o maior número de situações e formas possíveis de resolver o problema em específico. Consolidadas as principais ideias, é hora de escolher dentre elas, as ou a principal resolução. Para Tesler e Thompson (2007, p. 156, tradução nossa), quando todas as opiniões são consideradas positivas e aplicáveis para a solução do problema, denomina-se “a Zona” ou resolução profunda de conflitos. Clientes que escolhem a primeira opinião alcançam a paz superficial, mas nunca chegam “à Zona” (Tesler; Thompson, Op. cit., 2007, p. 150/156, tradução nossa).

²⁸⁸ Nesse aspecto, remete-se a metodologia da negociação baseada em princípios, observada em detalhes no tópico anterior.

²⁸⁹ Um dos momentos relevantes de conclusão dos trabalhos é oportunizar a preservação da dignidade do relacionamento das partes para o futuro principalmente. Trata-se de uma preparação positiva para os eventuais percalços ou situações terceiras que poderão advir decorrentes do acordo entabulado (Ibid., 2007, p. 161, tradução nossa).

²⁹⁰ Para Webb e Ousky (2007, p. 159, tradução nossa), o acordo de estipulação encontra-se previamente formulado em uma das reuniões intermediárias, e nele, constará de forma completa, todos os termos da convenção estabelecida entre as partes. Antes de qualquer assinatura das partes, a revisão é indispensável na reunião de quatro vias (Ibid., 2007, p. 159, tradução nossa).

²⁹¹ Por se tratar um plano de negócios para o presente, e, em especial para o futuro, as partes continuamente, consultarão os termos do acordo na rotina do dia-dia (Tesler; Thompson, Op. cit., 2007, p. 168, tradução nossa).

pela presença das seguintes etapas do direito colaborativo, seja qual for a divisão adotada por referenciais teóricos: a) reunião preliminar (entre profissional colaborativo e cliente), no sentido de explicitação do método, e real interesse da parte em aderir ao procedimento, bem como da demonstração das vias alternativas de solução do conflito (mediação, conciliação, heterocomposição – arbitragem ou método tradicional – decisão judicial); b) Primeira reunião (*face to face*) – reunião de quatro vias – para explicação e formalização do Acordo de Participação e realização do Termo de Desqualificação, escolha de profissionais interdisciplinares; c) reuniões intermediárias (opção) entre advogado-advogado, cliente-cliente, profissionais interdisciplinares e cliente, desde que não se reduza o poder colaborativo de solução do conflito; d) reunião (*face to face*) para a negociação e ajustes finais; e) encontro final (conclusão), para a confecção do termo de estipulação, ou termo de acordo, com o evento final de encerramento dos trabalhos.

Reitera-se como complemento, por indispensável que todas as etapas se formalizem em locais neutros, com a confecção de atas formais para a descrição específica dos assuntos tratados e dos que virão para as reuniões subsequentes. Ademais, a liberdade do número de reuniões intermediárias, bem como das reuniões de quatro vias (*face to face*) é estabelecida de acordo com o caso concreto, facultando-se para maior ou para menor a quantidade, restrita ao procedimento já apresentado. Não há limites para a padronização do procedimento colaborativo, contudo, as reuniões principais, devem restar-se formalizadas em acordo de participação, para se evitar discussões infundáveis, ou até mesmo, o desvio da finalidade do processo colaborativo.

Estabelecido o fundamento teórico da negociação, com respectivas pontuações metodológicas, e, apresentada a negociação no formato colaborativo, passa-se adiante, a discorrer as vantagens do formato da negociação colaborativa pré-processual, sob uma perspectiva da análise econômica do direito, de forma a demonstrar, em quais aspectos a ferramenta torna-se viável, como instrumento de cidadania empresarial e responsabilidade social, notadamente nos contratos de franquia.

4

POR UMA PROPOSTA DE APLICAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Com o decorrer dos apontamentos teóricos acerca das estratégias da negociação, em especial, na apresentação da negociação colaborativa como forma consensual de solução de conflitos nos contratos de franquia, é indispensável desenvolver determinadas considerações sobre a proposta do tema, no sentido de estabelecer uma relação entre a negociação colaborativa nos contratos de franquia e os pontos favoráveis da proposta sob uma perspectiva da análise econômica do direito.

Nessa concepção, pretende-se tratar de forma preliminar, do fundamento da análise econômica do direito, na relação evolutiva entre o direito e a economia, ao expandir a teoria econômica, como integrante de aplicação ao comportamento humano. A partir de tal ideologia, pretende-se discorrer sobre algumas expressões da teoria econômica aplicáveis ao direito, as evoluções das escolas, no intuito de justificar a proposta nos próximos capítulos.

Delineado os fundamentos teóricos acerca da Análise Econômica do Direito, busca-se desenvolver, uma evolução do estudo da Teoria dos Custos de Transação, a iniciar, com a clássica proposição de Ronald Coase, no trilhar do estudo da natureza da firma, e o problema do custo social. A partir do caminho desenvolvido por Ronald Coase, objetiva-se apresentar, uma análise da teoria dos custos da transação, para a exploração da Escola da Nova Economia Institucional, nas proposições evolutivas de Oliver Williamson, ao

tratar de forma conceitual e evolutiva da economia dos custos de transação, como premissa de estudo jus-econômico, na aplicação da negociação colaborativa nos contratos de franquia.

Isso porque, em tópico subsequente, pretende-se discorrer uma observação teórica dos contratos incompletos sob a perspectiva da economia dos custos de transação, fruto das premissas teóricas propostas por Oliver Williamson, no sentido de inclusão de cláusulas abertas nos contratos incompletos (negociação colaborativa – advocacia colaborativa) de natureza empresarial, como fomento para o preenchimento de lacunas contratuais, ante a existência de contingências, fruto das futuras explanações acerca da racionalidade limitada e do oportunismo, características subjetivas, existentes nos contratos a longo prazo, bem delineadas pelo autor acima citado.

Para concluir o capítulo, como proposta teórica hábil a reforçar a inclusão da cláusula de negociação colaborativa, de forma limitativa ao acesso à jurisdição nos contratos de franquia, sob uma perspectiva da análise econômica do direito e dos custos da transação, objetiva-se retratar a negociação colaborativa como instrumentos de cooperação. A partir de uma análise clássica da teoria dos jogos, proposta por Robert Axelrod, analisa-se a cooperação como melhor escolha das partes no ato negocial, e, em ato subsequente, recorre-se a institutos da moral, para complementar, ou colmatar lacunas contratuais, pelo uso da cláusula geral da boa-fé nos contratos, especialmente, nos contratos a longo prazo, representados pela confiança, credibilidade, e simetria de informações, características pertinentes ao processo *ex ante* e *ex post* da relação contratual.

A partir da análise do ato de cooperação, pretende-se como defesa, a utilização da cláusula da negociação da colaborativa, de forma limitativa e prévia ao acesso à jurisdição em contratos empresariais de franquia, como medida de redução aos custos de transação, em relação a resposta jurisdicional, o que permitirá concluir em tópico subsequente, o alcance da responsabilidade social das atividades empresariais, especialmente, na relação contratual de franquia.

O mote metodológico do capítulo, parte de uma análise de deduções gerais da análise econômica do direito, para então, adentrar nos conceitos teóricos da teoria clássica dos custos de transação, e da economia dos custos de transação, com enfoque nos estudos dos contratos incompletos, como forma de justificar a negociação prévia em contratos empresariais, justificativa viável sob o viés da análise econômica do direito (dedução específica). A pesquisa foi validada, por referencial bibliográfico e documental.

4.1 | CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O FUNDAMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

De forma preliminar, indispensável delimitar a abordagem interdisciplinar que envolve o objeto de estudo do presente capítulo: uma análise de institutos da microeconomia, afastando-se da riquíssima concepção teórica da macroeconomia²⁹².

A proposta em tela não objetiva trilhar os conceitos, princípios e efeitos de uma teoria voltada ao Produto Interno Bruto, estudos sobre inflação, desemprego e distribuição de renda, sem analisar o estudo da economia como um todo em relação a determinado País, grupos de Países, ou até mesmo em nível mundial. A perspectiva da macroeconomia, sem que se adentre a especificidades teóricas, em suma, não centraliza questões específicas da economia, mas o todo, uma vez que, “diversos setores econômicos se comportam de modo correlacionado, em termos de produção, emprego e variação de preços” (Gonçalves, 2019, p. 51)²⁹³.

A preocupação do presente capítulo volta-se ao estudo, para uma análise da microeconomia, sob uma perspectiva de interface interdisciplinar do direito e da economia. Portanto, pretende-se justificar os benefícios de uma cláusula negocial em contratos de franquia, de forma suspensiva de acesso à Justiça, sob o viés da análise econômica do direito, ponto de estudo da microeconomia²⁹⁴.

²⁹² Para Nusdeo (2023), no desenvolver da ciência econômica, manifestava-se altos e baixos, na preocupação dos cientistas com o todo, em grandezas maiores como o progresso da sociedade, o nível de emprego, análise dos preços e a forma com que a renda era distribuída em um contexto macro. Fala-se atualmente, como objetivos de caráter global de uma sociedade, o pleno emprego, a estabilidade de preços, a expansão da produção, a melhor distribuição de renda, intituladas macrovariáveis, possíveis de análise em relação ao todo (exemplo citado, a grande crise de 1929, com oscilações drásticas negativas na bolsa de Nova York, provocando uma legião de desempregados, quebra de indústrias, queima de produtos pela ausência de consumo, e, em consequência, a instauração da miséria em grande parcela mundial) (NUSDEO, F. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 6. ed. em e-book baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html).

²⁹³ Ao desenvolver o conceito de macroeconomia, Gonçalves (2019, p. 51) exemplifica o período de prosperidade mundial de 1990 a 2007, com o posterior declínio de economias mundiais, com a crise de 2008, intituladas flutuações cíclicas (GONÇALVES, A. C. P. Questões e políticas de macroeconomia. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO P. R. P. (org). **Direito e Economia.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019).

²⁹⁴ Em sentido metafórico, a microeconomia seria a árvore, e a macroeconomia, por sua vez, a floresta. A primeira, preocupada com as unidades econômicas, a exemplo, o consumidor, a empresa e os mercados de produtos individuais, com respectivas características estruturais e funcionais. A macroeconomia, a floresta, voltada aos fenômenos próprios de grandes aglomerados, em uma economia voltada ao investimento, o consumo, a participação do setor público, poupança, inflação,

A microeconomia, ao contraponto da abordagem macroeconômica, se desenvolve sob uma perspectiva de individualidades, a oferta e a procura, a racionalidade, o consumidor e a empresa (firma), informações assimétricas e contrato, o equilíbrio do mercado e bem-estar (Yeung, 2019, p. 115).

Portanto, parte integrante da microeconomia, e foco de estudo do presente capítulo, a análise econômica do direito volta-se em destaque, para as situações que dizem respeito ao comportamento humano, na rotina individual, sob uma concepção de relações *in loco*, na transação das relações de consumo, o papel da empresa (firma) e seus impactos regulatórios na estipulação de preços e intervenção no mercado, para fins de se justificar a oferta e demanda de produtos.

Nesse contexto, estima-se que não há como se adentrar nos fundamentos da análise econômica do direito, sem antes, observar o entrelace entre o direito e a economia²⁹⁵, para efeito de se justificar a expressão análise econômica do direito.

Quando se fala em economia, em analogia advém expressões para a exata compreensão de como funcionam os mercados, oferta-demanda, juros, precificação etc... No entanto, o objeto central de estudo da economia diz respeito aos incentivos e a correlata tomada de decisão dos agentes envolvidos (Porto, 2019, p. 26)²⁹⁶. Com efeito, a economia como ciência, voltada até então a atividade humana de forma relevante, na contemporaneidade se volta a investigar um amplo espectro de relações (sociologia, antropologia, psicologia), a exemplo,

desenvolvimento e comércio internacional (NUSDEO, op. cit, 2023. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html).

²⁹⁵ A clássica relação entre o direito e a economia é conceituada por Friedman (2000, p. 8), ao afirmar que a economia, como a própria expressão correlaciona, não diz respeito ao dinheiro ou formas de se economizar, mas as implicações decorrentes da escolha racional, ferramenta essencial para se descobrir os efeitos de regras jurídicas. Saber quais os efeitos que as regras jurídicas produzirão, é fundamental para se compreender as regras vigentes, bem como para se decidir as regras que deveríamos ter. Nesse sentido, a tradução literal do texto: “(...) *Economics, whose subject, at the most fundamental level, is not money or the economy but the implications of rational choice, is an essential tool for figuring out the effects of legal rules. Knowing what effects rules will have is central both to understanding the rules we have and to deciding what rules we should have*”. (FRIEDMAN, D. D. **Law's order**: what economics has to do with law and why it matters. New Jersey: Princeton University Press, 2000).

²⁹⁶ Para Sztajn (2005) a relação entre direito e economia é tão antiga quanto a própria economia, e o diálogo entre as áreas propõe soluções importantes para problemáticas contemporâneas. No Século XVIII, Adam Smith e Jeremy Bentham, demonstravam em pensamentos distintos a importância da interdisciplinaridade em relação aos fatos sociais (Smith na análise dos efeitos econômicos em relação a criação de normas jurídicas e Bentham na relação entre legislação e utilitarismo) (Sztajn, 2005, p. 74) (SZTAJN, R. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R (org). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. 6. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

na correlação com o direito, relação intitulada de análise econômica do direito (Gico Jr., 2010, p.17).

Por essa concepção, o direito passa a se correlacionar com a economia em vias da interação/integração dos institutos em prol da eficiência²⁹⁷, sem que se esqueça dos ideais normativos da segurança jurídica, ordem, certeza, justiça social, paz e desenvolvimento (Kloh, 2019, p. 290).

O propósito de correlacionar a economia, no sentido de se entender fenômenos jurídicos é uma discussão teórica, e remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, bem como os filósofos escoceses do Século das Luzes²⁹⁸ (Mackaay; Rousseau, 2020, p. 8).

Embora se tenha conhecimento de estudos anteriores, até mesmo nos ideais da Natureza da Firma (proposta por Ronald Coase²⁹⁹

²⁹⁷ A eficiência destacada por Kloh (2019, p. 292), se manifesta pelo uso de determinados bens de forma eficiente, sob uma perspectiva social, de forma que, quando um recurso não se encontra alocado da forma devida, não há uma correta informação da potencial escassez deste bem, o que pode ser levado a uma forma de exploração indevida, com a consequente extinção do bem, provocando prejuízos à coletividade (KLOH, G. Teoria econômica da propriedade e dos contratos. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO P. R. P. (org). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019).

²⁹⁸ Quanto aos filósofos escoceses, de que relata o posicionamento doutrinário no Século XVIII, vale o destaque a Adam Smith, filósofo e economista escocês, caracterizado como o pai da economia moderna, com escritos de grande importância no cenário do liberalismo. Ainda, David Hume, empirista e filósofo nascido na Escócia (Cerqueira, 2006, p. 22). Afastando-se dos modelos contratualistas surgidos nos Séculos XVI a XVIII, contrários a sociedade formada por uma escolha de indivíduos, na ideia de um contrato empiricamente insustentável, em razão do ser humano suscetível em grau elevado aos hábitos, o homem é forçado a se manter em sociedade em razão da inclinação natural, movido por hábitos. Ademais, a ideia que aparece de forma emblemática na passagem famosa sobre a mão invisível na Riqueza das Nações de Adam Smith, é uma das principais contribuições do iluminismo escocês em relação a teoria social (Cerqueira, 2006, p. 23) (CERQUEIRA, H. E. da G. Adam Smith e seu contexto: o iluminismo escocês, **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 15, n. 1 (26), o. 1-28, jan-jun 2006. Disponível em: https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/600/02_Hugo_Cerqueira.pdf. Acesso em: 06 mai. 2024).

²⁹⁹ Ronald Harry Coase (1910 – 2013), nascido em Londres, filho de um modesto casal de funcionários do serviço postal britânico (*Royal Mail*), ingressou de forma tardia na educação formal aos 12 anos, intensificando seus estudos na matemática quando jovem, pela dificuldade com o latim na disciplina de história. Ingressou no ano de 1929 na *London School of Economics*, adepto aos ideais socialistas na economia, ao assistir uma palestra sobre a concepção da Mão Invisível de Adam Smith, desenvolvida por Arnold Plant na *LSE*, transmudou seus pensamentos para uma concepção liberalista (Coase, 2022). Pelos méritos como professor, e com o auxílio de Arnold Plant, obtém bolsa de estudos, que possibilitou a permanência nos Estados Unidos entre 1931 e 1932. Retorna a Inglaterra no ano de 1932, e, entre idas e vindas, nas Universidades inglesas (*LSE* e *Dundee – Dundee School of Economics and Commerce*), como professor assistente e titular, retoma em 1946 com a titularidade da cadeira da disciplina *The Principles of Economics*. Retorna aos Estados Unidos, para a realização de estudos nos idos de 1948, quando então recusa a docência em importantes universidades (Harvard e Chicago), em razão da imersão nos estudos (Coase, 2022). Apesar disso, e por surpresa

no ano de 1937)³⁰⁰, fala-se da ascensão das teorias da análise econômica do direito a partir dos idos de 1960, área denominada *law and economics* (Sztajn, 2005, p. 74).

O movimento ganha força com a publicação da obra *The Problem of Social Cost*, de autoria de Ronald Coase³⁰¹, e perpassa pelos estudos de Richard Posner na obra *Economic Analysis of Law*, para, mais adiante, com Guido Calabresi, a criação da obra *The Cost of Accidents*. No entanto, muito embora se apresentem autores clássicos e consagrados na área da *law and economics*, é preciso se registrar a contemporaneidade de autores como Oliver Williamson e George Stigler (Sztajn, 2005, p. 74).

Em passos largos, para se evitar o desvio de finalidade do estudo do presente tópico, é indispensável fazer menção aos estudos provenientes de uma das escolas mais importantes na análise

de seus colegas, assume uma disciplina antiga na Universidade de Búffalo (1958-1959) (hoje Universidade Estadual de Nova York), tornando-se pesquisador do *Center for Advanced Studies in Behavioral Sciences* (centro criado em 1954 pela Fundação Ford), vinculado a Universidade de Stanford (Califórnia), estudos que serviram de base para a criação da obra “O problema do Custo Social” (1960). Ao escrever o artigo (*The Federal Communications Comission*), em 1960, submete para a *Journal of Law and Economics* (Universidade de Chicago), recebendo o convite do professor George Stigler, para apresentação em Seminário de Economistas da Universidade de Chicago. Na apresentação, convenceu seus opositores, a exemplo Milton Friedman e o próprio George Stigler, concluindo seus escritos em 1960 intitulado “*The Problem of Social Cost*” (O problema do custo social), e, pela euforia que o estudo provocou no cenário da economia, no ano de 1964 é convidado a assumir a direção do *Journal of Law and Economics* (editorial onde foi publicado o artigo citado), com posterior trabalho em tempo integral na Escola de Direito de Chicago. Ao deixar a direção da revista no ano de 1982, intensifica seus escritos, e, no ano de 1991, recebe o prêmio de Ciências Econômicas em memória de Alfred Nobel, do Banco Central do Reino Unido da Suécia (Coase, 2022). (COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito.** Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão da tradução: Francisco Niclós Negrão; estudo introdutório: Antonio Carlos Ferreira, Patrícia Cândido Alves Ferreira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022).

³⁰⁰ Antes mesmo do destaque pela relação entre o direito e a economia nos anos de 1960, Ronald Coase, no clássico artigo de 1937 a *Natureza da Firma* (*The Nature of the Firm*), resgata uma crítica ao precário estado de análise de uma firma, propondo uma relevante preocupação com o tratamento frontal do problema, de modo a focar nas atividades realizadas pelas firmas e revelar as características (Williamson, 2005, p. 19). Melhor dizendo, realizar um estudo profundo no procedimento interno das firmas e nas relações contratuais entre elas (WILLIAMSON, O. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R (org). **Direito & Economia:** análise econômica do direito e das organizações. 6. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

³⁰¹ Acredita-se que o interesse pela intervenção do direito na economia se intensificou nos estudos desenvolvidos pela Escola de Chicago (idos de 1930 a 1960), especialmente com a ascensão em 1960 na publicação do artigo seminal “O Problema do Custo Social” de Ronald H. Coase, como uma forma do sistema jurídico impactar o sistema econômico, a alternativa do governo, através dos economistas, e pensadores jurídicos, de tornar facilitada a intervenção do direito na economia, como forma de impactar positivamente as relações sociais até então envolvidas (Medema; Mercuro, 2006, p. 98, tradução nossa) (MEDEMA; MERCURO. *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond.* 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006).

econômica do direito: a Escola de Chicago³⁰². Respectiva escola ficou conhecida como o principal avanço na relação entre o direito e a economia, notadamente, nos primeiros passos (pré-guerra), com estudos de Frank Knight, em análise similar a Riqueza das Nações de Adam Smith, pela ideia de uma democracia liberal, através dos atores econômicos agindo com racionalidade, em uma concorrência inerente a atividade econômica, com os resultados gerados pelo mercado, superiores a qualquer intervenção do governo no mercado (Medema; Mecuro, 2006, p. 99, tradução nossa). Em um segundo período da Escola de Chicago, fala-se no imperialismo da ciência econômica no ano de 1968 com Gary Becker, sobre o comportamento criminoso e o direito penal, analisando a economia como a ciência da escolha, explicando as escolhas fora do comportamento técnico científico da economia, a exemplo, na discriminação racial nos mercados de trabalho, a organização da família, a decisão de ter filhos e a organização do trabalho (1958 a 1988) (Medema; Mecuro, 2006, p. 101, tradução nossa). A contribuição de Richard Posner, na segunda etapa da Escola de Chicago é fundamental para se entender o estudo das decisões judiciais, sob o viés da economia. No mesmo período de ascensão dos estudos de Becker, Richard Posner³⁰³, ingressou na Universidade de Direito de Chicago no ano de 1969, e no desenvolvimento da análise jurisprudencial sob uma perspectiva econômica, através a obra clássica *Economic Analysis of Law*, que ampliou o campo de aplicações clássicas do direito de propriedade, contrato, responsabilidade civil e direito penal (sexo, envelhecimento, eutanásia, *impeachment* de Clinton, o papel do Supremo nas eleições de Bush-Gore de 2000) (Medema; Mecuro, 2006, p. 102, tradução nossa)³⁰⁴.

Dos autores apresentados, sem que se adentre aos méritos teóricos de abordagem formulado nas respectivas particularidades, optou-se na presente discussão teórica, realizar um recorte teórico da

³⁰² As linhas fundamentais de raciocínio da Escola de Chicago centralizam-se nas seguintes premissas: a) os indivíduos são maximizadores racionais das suas satisfações; b) os indivíduos respondem aos incentivos de preços; c) as regras jurídicas e os resultados podem ser avaliados pela eficiência; d) a tomada de decisões legais deve ser eficiente; (Ibid., 2006, p. 102).

³⁰³ Richard Posner (1939), Jurista norte-americano, formado em letras pela *Yale*, e em direito na *Harvard Law School*, no período seguinte a sua formatura (1962), empossado como Secretário do Juiz da Suprema Corte William J. Brennan Jr, nomeado professor de direito em Stanford (1968), atuou como juiz no tribunal de apelação do sétimo circuito dos EUA, classificado como um dos principais juristas do Século XX (Ibid., 2006, p. 101-102, tradução nossa).

³⁰⁴ Para Mercurio e Medema (2006, p. 102, tradução nossa), se “(...) Becker abriu as portas de uma análise econômica que afeta a todas as áreas da vida, foi Posner quem adotou esta abordagem e levou até os cantos mais distantes da arena jurídica”. Nesse sentido, a tradução literal do texto: “(...) If Becker opened the floodgates to an economic analysis that touches on all areas of life, it was Posner who took this approach and ran with it to the far corners of the legal arena” (Ibid., 2006, p. 101-102).

análise econômica do direito, levando em consideração, a clássica abordagem teórica de Ronald Coase, sob uma concepção da economia dos custos da transação, em análise contínua aos estudos de Oliver Williamson.

Sob esse aspecto, antes de adentrar nas especificidades teóricas delineadas pelos autores citados, indispensável discorrer acerca dos fundamentos teóricos essenciais tratados na análise econômica do direito, e que dizem respeito ao estudo da presente tese.

Como premissa, falar em análise econômica do direito é observar as pessoas vinculadas a tomadas de decisões. Trata-se, portanto, de uma relação de vida voltada a um grupo de pessoas que interagem, ao ponto de entender que o comportamento da economia reflete ao comportamento do grupo de pessoas que a compõem (Mankiw, 2021, p. 3). Desde a procura de um emprego, na aceitação ou recusa, a compra de um produto, em substituição a outro, a tomada de decisão requer como pressuposto, o fato da escassez de recursos, dada a finitude de recursos disponíveis (Mackaay; Rousseau, 2020, p. 25).

Portanto, tendo em vista que nossa riqueza é limitada, optar por uma decisão (escolha) remete a expressão “nada é de graça” (Mankiw, 2021, p. 3). Logo, entende-se que não há como estar em dois lugares ao mesmo tempo, de forma que, realizar uma escolha, implica na automática recusa de outra (Mackaay; Rousseau, 2020, p. 25). A denominação para esta expressão intitula-se em inglês *tradeoffs*³⁰⁵ “(...) um termo que define uma situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros” (Mankiw, 2021, p. 3).

Complementa Mankiw (2021, p. 3) ao estabelecer determinados tipos de *tradeoffs*, em destaque, o clássico, que se dá entre armas e manteiga, ao dispor que, quanto mais uma sociedade gasta com defesa nacional (armas) para proteger sua fronteira em relação a invasores, menos ela poderá gastar com bens de consumo (manteiga). Ainda, em matéria de meio ambiente, outro *tradeoff*, se perfaz entre o meio

³⁰⁵ Gico Jr (2020, p. 12), cita um exemplo interessante de *tradeoffs*, a exemplo, para o direito, na hipótese de um Tribunal de Justiça com orçamento extra para criação de uma nova Vara, e pela escassez de recursos, qual o Juízo (matéria) é a mais apta para escolha? Criminal, cível, fazenda pública? Para efeito de eficiência alocativa, é preciso observar qual a vara gerará o maior bem-estar social, ou qual a vara será mais útil socialmente falando naquele momento? Nesse contexto, o custo de oportunidade de criação de uma vara é, no mínimo, não ser criado algum outro tipo de vara, inobstante o custo monetário de qualquer uma delas (GICO JR., I. T. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência, **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, maio-agosto 2020. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581>. Acesso em: 12 mai. 2024).

ambiente ecologicamente equilibrado e a produtividade de uma empresa. Quanto mais se exige o rigor na proteção do meio ambiente, em especial no enrijecimento da legislação, mais laborioso o custo da produção de bens e serviços (Mankiw, 2021, p. 3)³⁰⁶.

Outro *tradeoff* de destaque, remete-se ao contraponto entre eficiência e igualdade. A eficiência, pela obtenção de benefício da sociedade pelo rendimento máximo em relação aos recursos escassos, e, a partir do rendimento destes recursos em prol da sociedade, a fiel distribuição igualitária entre os membros da sociedade (Mankiw, 2021, p. 3). Atribuir o benefício do seguro desemprego em favor da sociedade, ou a cobrança de imposto de renda, em proporção maior para aqueles que auferem uma maior renda (capacidade contributiva) (exemplos de igualdade – distribuindo renda dos ricos aos abastados), pode provocar a visão de pouca recompensa de um trabalho árduo (pelos mais abastados), e a consequente redução do trabalho de prestação e serviços (Mankiw, 2021, p. 4). Nesse contexto, a divisão igualitária do bolo ocorrerá (igualdade), em fatias menores (ineficiência) (Mankiw, 2021, p. 4).

A par da conduta humana, vinculada ao uso de recursos sujeitos a escassez, provenientes de respectivas escolhas, e automática recusa de outras na tomada de decisão, é preciso destacar que para a economia, como regra, as pessoas são racionais (Mankiw, 2021, p. 4). Nesse raciocínio, “(...) uma pessoa racional faz o melhor para alcançar seus objetivos sistemática e objetivamente, conforme as oportunidades disponíveis” (Mankiw, 2021, p. 4).

Portanto, a racionalidade econômica como a maximização de benefícios de forma consciente (kloh, 2019, p. 293), constituída como outro fundamento relevante da análise econômica do direito, se tipifica pela busca de satisfações ou benefícios em um mundo onde existem restrições ou recursos limitados (escassos) (Yeung, 2019). Nesse contexto, em um mundo onde os recursos são finitos, com a possibilidade de tomada de decisões restritas, o ser humano na tomada de decisão, deverá optar pela hipótese que culmine satisfação, com o menor custo possível, no intitulado custo de oportunidade

³⁰⁶ Mankiw (2021) enfatiza na hipótese do *tradeoff* na seara ambiental, que com o advento de maior fiscalização em prol do meio ambiente, com consequente benefício para o ambiente mais limpo, as empresas obtêm menos lucros, pagam salários menores a seus empregados, e ofertam produtos com valores elevados para o consumidor (MANKIW, N. G. **Introdução à economia**. Tradução: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2translate; Revisão Técnica: Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Censage, 2021).

(*tradeoff*)³⁰⁷, situação inerente a decisão racional³⁰⁸ (Yeung, 2019, p. 116).

No raciocínio proposto, fala-se em escolha racional³⁰⁹ diante de um caso concreto que precisa de resolução, na medida em que, a pessoa pratica a tomada de decisão mediante um inventário de situações (opções), visualiza os resultados (valores), e, determina em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização), de forma a optar por aquela que provoque melhor contribuição (escolha) (Mackaay; Rousseau, 2020, p. 31).

Como complemento, a dedução de uma racionalidade econômica³¹⁰ se traduz ao processo de decisão na rotina das pessoas, não limitada a pessoas com conhecimentos técnicos-científicos, uma vez que, tudo o que o ser humano deva perceber é a escolha de um benefício derivado de determinado custo (tempo, dinheiro). Ademais, o custo-benefício não se limita a natureza econômica, mas em grande parte, refletem a situações econômicas, a exemplo, a caridade para fins psicológicos e terapêuticos (Yeung, 2019, p. 119).

Por outro lado, é preciso esclarecer que a racionalidade

³⁰⁷ Os *tradeoffs* se traduzem por sacrifícios, de maneira que, para se ter alguma coisa, é preciso se abrir mão de outra, situação denominada como custo de oportunidade. As escolhas tem custo de oportunidade, o que equivale a dizer que “(...) nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais. Para o direito, a exemplo, o direito de propriedade só tem sentido prático, se o Estado, através das instituições, pode garantir tal direito, no entanto, por ser uma escolha legislativa, tal situação requer escolhas de natureza legislativa, a exemplo, os custos para tal exercício (Salama, 2008, p. 16) (SALAMA, B. M. O que é pesquisa em direito e economia, **Cadernos DireitoGV**, Caderno 22, Escola de Direito de São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/125da566-a251-4ead-921f-a81fd424434c>. Acesso em: 18 mai 2024).

³⁰⁸ A tomada de decisão (escolha racional econômica), se resume “(...) a escolha baseada na análise de benefício-custo que os indivíduos farão quando defrontados com uma situação em que há diversas escolhas possíveis e os recursos são limitados” (Yeung, 2019) (YEUNG, Op. cit., 2019, p. 117).

³⁰⁹ A escolha racional a que se reporta a doutrina, traz como pressuposto fundamental, a ideia de que as pessoas são racionais. O assaltante criminoso, é tão criminoso, pela mesma razão que subscrevo a presente tese. Isso porque, para Friedman (2000, p. 8-9, tradução nossa), dado o gosto, aptidões, capacidades e oportunidades do assaltante e deste que subscreve, a escolha racional é a atividade mais atraente de forma momentânea a sua disposição, seja pelo furto, ou pela escrita de uma tese. O fato racional não se dá pela análise do (i)legal, (in)justo, mas pela escolha da tomada de decisão que lhe causar o menor custo-benefício. As consequências que virão, são observações de outra seara, porém, inobstante o resultado, a escolha foi racional, vez que, pautada em análise de custo-benefício (FRIEDMAN, Op. cit., 2000, p. 8-9).

³¹⁰ Cada ator econômico maximiza algumas coisas, o consumidor (felicidade), a empresa (lucro), agente político (votos), e o comportamento maximizador somente funciona, porque movido pela racionalidade das pessoas. Ou seja, a escolha melhor, representada pela tomada de decisão racional implica na maximização (Cooter, Ulen, 2000, p. 10, tradução nossa) (COOTER, R; ULEN, T. **Law and economics**. Third edition. New York: Addison Wesley Longman, 2000).

enquanto tomada de decisão, pautada em custo-benefício é padronizada conceitualmente. Isso porque, a racionalidade foi científicamente explorada em sua relativização, ao considerá-la limitada³¹¹ (Mackaay; Rousseau, 2020).

A temática se deve aos estudos introdutórios de Herbert A. Simon, ao afirmar na década de 50 do século XX, a racionalidade limitada como a impossibilidade prática do exercício da racionalidade plena (Barros, 2010, p. 459). Por tal premissa negativa, a partir do método empírico em estudos laboratoriais, intitulou o processo de tomada de decisão pela expressão satisfazimento (*satisficing*), ao propor que os agentes decisores, ao invés maximizarem os valores na respectiva escolha, optam pelo satisfazimento, identificando alternativas que são boas o suficiente, de acordo com os critérios previamente estabelecidos (Barros, 2010, p. 461). Portanto, o decisor escolhe uma alternativa dentre um conjunto de critérios mínimos de aceitabilidade (não a única, nem a melhor), uma satisfação (satisfazimento) em processos de busca, por alternativas e por novas informações (aprendizado) (Barros, 2010, p. 462). Em suma, o autor parte do conceito da racionalidade plena, para que então, utilizando-se de critérios pragmáticos, empíricos, possa estabelecer um conceito negativo da racionalidade, sob uma perspectiva limitada. Ou seja, não existe racionalidade plena, absoluta, mas racionalidade a partir de critérios (escolhas), que levarão em conta opções, aprendizados, vivências, e, portanto, sempre voltadas a tomada de decisão para o que melhor aprovou ao decisor, inobstante terceiros a considerarem ilógica ou incorreta, sob o ponto de vista dos critérios e variáveis disponíveis³¹².

Aliado ao conceito de racionalidade, como um dos fundamentos da análise econômica do direito, as incertezas se diluem pelas inúmeras mudanças e circunstâncias da rotina diária, que culminam

³¹¹ A racionalidade limitada é traduzida pela expressão *bounded rationality*, datado de 1950, voltada em síntese, pela impossibilidade do uso da racionalidade plena, o que faz presumir os seres humanos titulares de racionalidade limitada. Para Herbert Simon, a racionalidade é um critério utilizado na decisão, pautado teoricamente como pressuposto, de que os agentes possuem a intenção de racionalidade, e valorizam a racionalidade como critério de escolha (Barros, 2010, p. 456-457) (BARROS, G. Herbert A. Simon and the Concept of Rationality: Boundaries and Procedures, **Brazilian Journal Of Political Economy**, v. 30, n. 3, 2010, jul-Sep, p. 455-472. Disponível em: <https://centrodeeconomiapolitica.org/repojs/index.php/journal/article/view/453>. Acesso em: 18 mai. 2024).

³¹² A ideia de que o ser humano não pode ser considerado absolutamente racional, pela racionalidade limitada, conclui de que a observância a certos padrões de tomada de decisão pautadas em experiências (heurísticas), leva o decisor a cometer eventuais erros cognitivos, produzindo vieses cognitivos, o que faz concluir de que o mapeamento e gerenciamento das heurísticas resulte na hipótese de que somos relativamente racionais (Porto, 2019, p. 108) (PORTO, A. J. M. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO P. R. P. (org). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019).

em alteração de previsões justificadas pelos riscos. A incerteza tipificada pelo elemento surpresa é um fato que se encontra vinculado a natureza humana, e tomar decisões diante de elementos incertos e variáveis provocam riscos (Mackaay; Rousseau, 2020). Nesse raciocínio, a produção de riquezas está atrelada a probabilidade social dos riscos, de maneira que, criar e produzir, é uma tomada de decisão que gera riscos a sociedade (Beck, 2011, p. 23)³¹³.

Outro fundamento relevante, e que jamais deve ser esquecido na Análise Econômica do Direito, é a eficiência. Com efeito, é uma ferramenta de grande importância para o estudo da *Law and Economics*, especialmente quando se fala em tomada de decisão. Os critérios desenvolvidos pela economia clássica são os da eficiência de Kaldor-Hicks e a eficiência de Pareto (Porto, 2019).

Para o autor Italiano Vilfredo Pareto³¹⁴, em um mundo de recursos limitados, entre reciprocidades de interesses, enquanto uma parte é beneficiada, a outra é prejudicada. Pela teoria do “Ótimo de Pareto” ou “Pareto Eficiente”³¹⁵, uma das pessoas maximizou sua utilidade na negociação sem prejudicar a outra, a ponderação em que não se pode obter vantagem, sem piorar a vida de outrem (Figueiredo,

³¹³ Para Beck (2011, p. 23), a lógica da distribuição de riqueza para a lógica da distribuição de riscos na denominada moderna sociedade tardia está ligada a escassez material (autêntica carência material), e o exponencial crescimento de forças produtivas que desencadeiam riscos de autoameaça (BECK, U. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011).

³¹⁴ O critério de Pareto visa a superação clássica do conceito de utilidade proposto por Jeremy Bentham e Stuart Mill (comparação intersubjetiva de utilidade – trocas que permitam o prazer ou a felicidade em favor das pessoas), ao analisar contextos de trocas voluntárias, na liberdade como ausência de coerção, o que, via de regra aumenta o bem-estar social (Gico Jr, 2020, p. 20). Nesse sentido, na consideração da liberdade como eficiente no aumento do bem-estar social, cita-se o exemplo, de uma concessão hierárquica (não voluntária) legal, em que a União propiciasse uma porcentagem de ingressos para a Copa de 2014, para pessoas de baixa renda, mediante sorteio. Os beneficiários do sorteio, cientes do recebimento, como regra, não poderiam realizar a venda do ingresso para finalidade terceira (compra de alimentos para subsistência). No presente caso, trata-se de uma alocação de recursos ineficientes, sob o ponto de vista de bem-estar social na Ótima de Pareto. Para a teoria de Pareto, o bilhete recebido por sorteio pelo beneficiário, poderia ser vendido a terceiros, gerando benefícios voluntários de formas variadas, com via ao bem-estar social. Para Gico (2020, p. 22), o vale alimentação, transporte, entre outros, são exemplos de ineficiência sob a ótica da Teoria da Ótima de Pareto (GICO JR., Op. cit, 2020, p. 22).

³¹⁵ Considera-se eficiente, a circunstância fática em que, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação, em fazer com que outro indivíduo piore a sua, não se tratando, portanto, de um aspecto benéfico ou aceitável. Por uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação sem fazer com que pelo menos outro indivíduo piore a sua (Salama, 2017, p. 36) (SALAMA, B. M. Estudos em direito & economia [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EGV, 2017. Disponível em: <https://editoravirtualgratuita.com.br/wp-content/uploads/2017/07/obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf>. Acesso em: 19 mai 2024).

2019, p. 108). Portanto, “(...) uma determinada medida é eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de ninguém³¹⁶ (Porto, 2019, p. 31).

Por sua vez, os propósitos de Kaldor-Hicks³¹⁷ na teoria da “Superioridade Potencial de Pareto” ou “Eficiência Potencial de Pareto”, a transação pode ser eficiente ainda que se prejudique terceiros, desde que a maximização de riquezas seja potencialmente suficiente para compensar as perdas individuais (Figueiredo, 2019, p. 108).

Por exemplificação, João possui R\$ 110.00,00, Pedro possui R\$ 60.000,00 e Marta R\$ 30.000,00. Na hipótese de uma medida política governamental, majora-se a renda de João para R\$ 150.000,00, Pedro permanece com R\$ 60.000,00 e Marta reduziu sua renda a R\$ 20.000,00. Considerando a ideia proposta por Kaldor-Hicks, a medida é eficiente, uma vez que aumenta o bem-estar social em relação ao todo, pois a somatória de ganhos após a medida governamental

³¹⁶ A exemplo, em determinada decisão X, Maria deixa de possuir R\$ 40.000,00 e passa a titularidade de apenas R\$ 20.000,00. Considerando a perda de Maria com a respectiva decisão X, não há como configurar eficiente a medida, pela teoria de Pareto. A bem da verdade, é dificultosa a tarefa de encontrar medidas que melhorem a situação de parte da sociedade, sem prejudicar a outra fatia social. Com efeito, qual a justificativa para o uso da teoria? Para Porto (2009, p. 31), o critério da eficiência se dá em virtude da diferença entre maximização da utilidade e maximização de renda. Com efeito, pessoas podem atribuir utilidade distinta a mesma quantidade de riqueza auferida, a exemplo, de Maria que possui uma renda menor que a de João, pode atribuir mais utilidade aos R\$ 20.000,00 que perdeu, do que João em relação aos R\$ 50.000,00 que ganhou. A eficiência pelo critério de Pareto, em determinada análise mais restritivo de aplicabilidade, garante o aumento de bem-estar em termos de utilidade (PORTO, Op. cit., 2019, p. 31).

³¹⁷ Tratam-se de dois autores, professores da *London School of Economics*, Nicholas Kaldor e John Richards Hicks, com alternativas distintas, que em conjunto, se tornaria um critério importante para a discussão de políticas públicas (Gico Jr, 2022, p. 23). Para Kaldor, bastaria a demonstração de que os beneficiados por uma mudança no *status quo*, pudessem compensar os prejudicados, auferindo os beneficiados algo líquido de utilidade. A questão dos prejudicados receberem um benefício indireto, seria uma questão de natureza política. A exemplo, se um Município resolve realizar uma obra pública (construção de um viaduto), e eu custaré a realocação de 20 moradores para outra localidade, se um deles se recusar, há uma ineficiência sob a Ótima de Pareto. Contudo, se houver a mudança do *status quo*, os beneficiários usufruïrem da construção, e o prejudicado, mesmo contrário, obtém um benefício líquido (desapropriação), atinge-se a eficiência sob a análise de Nicholas Kaldor. Para Hicks, em complemento, a mudança de um Estado Social A para o B, implica na existência de beneficiados, e, por sua vez os prejudicados, inobstante as mudanças, não obtenham melhorias individuais, mas sejam beneficiados indiretamente pelo bem-estar social (Gico Jr, 2022, p. 25). Portanto, o conceito agregado de kaldor-Hicks eficiente implica uma mudança de bem-estar social *ex post*, se os beneficiários da política pública forem capazes de compensar os prejudicados, permanecendo eles mesmo com um benefício líquido positivo, e *ex ante*, os potenciais prejudicados não foram capazes de compensar os potenciais beneficiários para que renunciem os ganhos da mudança de *status*, sem que eles mesmo fiquem em uma situação pior do que ficariam, caso a mudança ocorresse (Gico Jr., 2020, p. 25) (GICO JR., Op. cit. 2020, p. 23/25).

ampliou o capital em relação a todos (de R\$ 200.000,00 para 230.000,00). Para a ótima de Pareto, os benefícios auferidos por João, não refletiram as situações de Pedro e Marta, e, portanto, ineficientes (Porto, 2019).

Trata-se de uma proposta teórica de superação a restrição imposta pela Ótima de Pareto, pela hipótese de que mudanças se consideram eficientes, somente se nenhum indivíduo fique em situação pior em relação aos demais. O critério dos autores Kaldor-Hicks, parte da premissa de que os ganhadores compensem os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer, que mudanças são realizadas e pessoas são beneficiadas, ainda que terceiros não recebam benefícios. (Salama, 2017, p. 37).

Nessa concepção, enquanto o critério de Pareto somente leva em consideração a natureza introspectiva dos envolvidos na transação, sem preocupação aos reflexos de terceiros, Kaldor-Hicks leva em consideração os efeitos positivos ou negativos incidentes sobre terceiros, alheios a negociação (Figueiredo, 2019, p. 109).

Como conclusão de raciocínio, toda mudança de *status* pela Ótima de Pareto pode ser enquadrada como Kaldor-Hicks eficiente, no entanto, nem toda mudança de situação Kaldor-Hicks eficiente poderá ser considerada Pareto eficiente (Gico Jr., 2020, p. 26). É preciso relembrar que o critério Kaldor-Hicks, em relação as consequências de modificação do *status* do bem-estar social de políticas públicas não exigem o consentimento unânime, e, portanto, não presume a exigência de mudanças voluntárias, e, por conseguinte, não exige uma efetiva compensação³¹⁸ dos prejudicados, em correlação aos beneficiários da mudança (Gico Jr., 2020, p. 27).

Frente aos fundamentos teóricos preliminares, é preciso

³¹⁸ A ideia da eficiência proposta por Kaldor-Hicks, foi intitulada como princípio da compensação pelos autores Mercuro e Medema (2006, p. 26, tradução nossa), na proposta alternativa as restrições da Ótima de Pareto. Nesse contexto, também denominado por Richard Posner como maximização da riqueza, base teórica do custo-benefício, significa dizer que uma mudança do estado das coisas (mudança jurídica), que favoreça alguns indivíduos, em detrimento de outros, resulta em uma melhoria do bem-estar da sociedade, na medida em que os ganhos dos vencedores excedam as perdas dos inexitosos. Cita-se como exemplo, No Século XIX, a Inglaterra não permitia a importação de trigo de outros Países, o que fez com que o produto interno se valorizasse, beneficiando agricultores em detrimento dos consumidores. A revogação da Lei, permitindo a importação do trigo, a preço com fiel concorrência no mercado interno, foi uma mudança jurídica, que impactou positivamente a ponderação entre agricultores e consumidores, mesmo que a compensação por eventuais perdas dos agricultores, não tenha sido efetivamente paga (Medema; Mercuro, 2006, p. 26-27, tradução nossa). Nesse sentido, a tradução literal do texto, sobre a teoria da compensação: “(...) *In the simplest of terms, the compensation principle holds that a change constitutes an improvement if the gains to the winners exceed the losses to the losers—a basic benefit-cost concept*”. (MEDEMA; MERCURIO, Op. cit. 2006, p. 26-27).

esclarecer que o referencial teórico reporta a um histórico de escolas do pensamento da análise econômica do direito, em uma evolução desde a Escola Clássica (Escola de Chicago - Positivista), a Escola da Escolha Pública (*Public Choice*), a Economia Institucional, e a escola da Nova Economia Institucional (Williamson, 2005, p. 77)³¹⁹. Em que pese o diversificado trilhar dos pensamentos teóricos, todos eles, de uma forma ou de outra, trabalham com o comportamento humano, pautado em escolhas racionais, para efeito de se atingir a eficiência. Contudo, os recursos, dada a essência de finitude e escassez em mundo de limitação e escolhas representada pelo custo de oportunidade, em todos os momentos, o agente responsável pela tomada da decisão, precisará optar pela decisão que repercute ao melhor custo benefício.

Ademais, o foco da análise econômica do direito ao caso em apreço, além de buscar a compreensão de institutos fundamentais da

³¹⁹ Com Frank Knight (pré-guerra), e Coase, Posner, Gary Becker (pós-guerra) como alguns expoentes (Medema; Mercuro, 2006, p. 99/102, tradução nossa), a Escola de Chicago perpassa por uma relação profunda entre a economia e o direito, em que os sujeitos são maximizadores racionais, e respondem a incentivos, movidos por escolhas (tomadas de decisão) com eficiência, confiantes nos mercados. A Escola da *Public Choice* (Escola Pública), a análise econômica vinculada a decisões políticas (públicas), regras de votação, comportamento de eleitores (Escola em ascensão no ano de 1957 com estudos de James Buchanan e Warren Nutter), detinha por metodologia, algo similar ao pensamento da Escola de Chicago, porém, com o foco no agente público, de maneira que os agentes que atuam no mercado, e os agentes que atuam no setor público, são movidos a escolhas que maximizem a utilidade (sujeitos maximizadores racionais de utilidade) (Medema; Mercuro, 2006, p. 159/161, tradução nossa). (Ibid., 2006, p. 99/161). A Escola da Economia Institucional, com teses embrionárias em Henry Carter Adams (economia e jurisprudência), John Commons (sistema econômico e direito), e nas raízes de estudos de Thorstein Veblen, Roscoe Pound, passou por um apogeu em 1920 (Medema; Mercuro, 2006, p. 99/102, tradução nossa, p. 207). Em contraponto ao formalismo (que analisava o raciocínio dedutivo abstrato da análise econômica – comportamento passivo e racional da maximização da utilidade), a economia institucional coloca as instituições no centro de análise do sistema econômico, e pelo método indutivo, sob a influência da escola histórica alemã (pela utilização de dados empíricos para fundamentar o sistema econômico), da filosofia pragmática americana (métodos filosóficos para restabelecer conceitos e crenças), e dos escritos de Thorstein Veblen, ao propor pelo método evolutivo de análise econômica, que o ambiente material, a tecnologia e propensões de natureza humana condicionam o surgimento e crescimento de instituições (Medema; Mercuro, 2006, p. 99/102, tradução nossa, p. 210-211). A Nova Economia Institucional (NEI), assim como a economia institucional que colocava em pedestal as instituições como peça chave do sistema econômico, a NEI traz como premissa fundamental, o fato de que as instituições são fatores importantes para a determinação da estrutura econômica e do desempenho. O componente essencial desta estrutura é quadro jurídico da sociedade, composto pelas instituições formais (direito constitucional, estatutário e consuetudinário), na interação entre estas instituições e o mercado. O ponto de crítica da NEI em relação a economia institucional, se justifica em razão do posicionamento ateórico e puramente indutivo, de forma que a NEI se configura por um embasamento teórico e dedutivo, em que os sujeitos perseguem seu interesse próprio de forma racional, sujeito a restrições, a exemplo, os direitos de propriedade, os custos de transação e racionalidade limitada de que trata Herbert Simon (Medema; Mercuro, 2006, p. 241-245, tradução nossa) (Ibid., 2006, p. 99/245).

relação entre direito e economia, como os já demonstrados (comportamento humano, tomada de decisão, racionalidade e escolha racional, custos de oportunidade e eficiência), pretende-se ilustrar a relação destes mesmos institutos, vinculados a negociação colaborativa nos contratos de franquia, e os benefícios da respectiva cláusula nos contratos, de forma suspensiva ao acesso à Justiça, sob uma perspectiva favorável no viés da análise econômica do direito.

Com a delimitação de fundamentos teóricos essenciais da análise econômica do direito, antes de realizar a proposta de uma defesa do uso da negociação colaborativa nos contratos de franquia, sob o viés da análise econômica do direito, é indispensável adentrar no estudo da economia dos custos de transação, como forma de reforçar a proposta apresentada no presente capítulo.

4.2 | UMA ANÁLISE TEÓRICO-EVOLUTIVA DA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO: PREMISSAS PARA A JUSTIFICATIVA JUS-ECONÔMICA DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA

A princípio, é importante realizar uma abordagem entre o direito e a economia, notadamente, sob uma perspectiva da teoria da economia dos custos de transação, a fim de justificar a viabilidade da negociação colaborativa como cláusula contratual em contratos de franquia, na visão jus-econômica.

É de conhecimento que a Economia dos Custos de Transação, caminhou pelo pensamento da Escola de Chicago, com a tese clássica de Ronald H. Coase, perpassando para uma nova percepção crítica com os estudos da Nova Economia Institucional, como destaque nas ponderações teóricas de Oliver Williamson.

Nesse sentido, se tornará indispensável, pontuar as observações da economia dos custos de transação, sob uma perspectiva clássica de Ronald Coase, para, em ato subsequente, analisar os propósitos teóricos em Oliver Williamson.

De forma introdutória, os arranjos teóricos de Ronald Coase³²⁰,

³²⁰ Mais uma vez, o destaque ao autor clássico, denominado por Calabresi (2016, p. 11, tradução nossa) como institucionalista, estudioso do direito e da economia simplificou a teoria clássica, ao dizer que os relacionamentos seriam de mercados e contratuais, de maneira que, se os mercados não tivessem custos, não existiriam empresas. A consideração dos custos de mercado tornou possível a existência das empresas (firmas) e de muitas estruturas jurídicas, alterando a teoria econômica para melhor. Com a obra “O Problema do Custo Social”, objetivou-se analisar a capacidade dos mercados para

respectivamente nas obras *The Nature of the Firm* (A natureza da firma – 1937) e *The Problem of Social Cost* (O Problema do Custo Social – 1960), representam o foco para análise da Economia dos Custos de Transação (Zylbersztajn; Sztajn, 2005, p. 6).

Especialmente, na obra *The Problem of Social Cost*, Coase desenvolve o que ficou denominado como Teorema de Coase³²¹. No artigo, em suma, Coase exemplifica as consequências de transações quando o custo se tornar igual a zero, como uma forma de se estabelecer um cenário simples, de compreensão lógica, sem interferências externas, o papel dos custos de transação frente a instituições econômicas (Coase, 2022, p. XLIX).

Na ideologia da natureza da firma, Coase (2022, p. XLIX) teoriza através de problemas, ao propor por que existem as firmas, e quais os critérios para aferir a quantidade das mesmas? Ainda, o que define os insumos adquiridos, e os produtos vendidos pela firma?

A partir de tais indagações, as respostas farão parte integrante na hipótese de que as firmas contribuem de forma positiva para a eficiência do sistema econômico³²². E mais, Coase (2022, p. L) recorre como fundamento para tais respostas, na expressão custos de transação no mercado, ou tão somente custos de transação³²³. Nesse

limitar o efeito de externalidades, e dos mercados e estruturas (firmas), para reduzir os custos um dos outros (Calabresi, G. **The Future of Law Economics**: essays in reform and recollection. London: Yale University Press, 2016).

³²¹ Nome atribuído por George Stigler, amigo e economista de grande admiração. Em Chicago, Coase foi convidado para uma reunião, diante de um grupo de economistas (George Stigler, Milton Friedman), com a finalidade da defesa de suas ideias, dentre elas a apresentação do Teorema, e, na tese travada contra os ideais clássicos de Arthur Pigou, a economia do bem-estar social seria impossível de evolução em razão de mercados com bens escassos – apontando as externalidades como interferência da evolução do bem-estar social. Diante de 20 votos, contra 1 (este de Coase), após a apresentação da teoria (teorema), restaram-se 21 votos a zero, todos favoráveis a nova teoria, que se tornou umas obras mais citadas na *Journal of Law and Economics* (Mackaay; Rousseau, 2020) (Mackaay; Rousseau, Op. cit., 2000, p. 201/203).

³²² O sistema econômico como objeto de crítica por Coase (1937, p. 387, tradução nossa), em que pese a teoria clássica identificar que o seu controle se dá por um sistema de mecanismos de preços (oferta ajustada à procura), não significa dizer que não ocorra planejamento pelos indivíduos. Nesse contexto, o objetivo da proposta clássica do artigo *The Nature of the firm*, é o preenchimento de uma lacuna na teoria econômica, entre o pensamento originário de que os recursos são atribuídos através do mecanismo de preços, e a hipótese adotada pelo renomado autor, de que estes mesmos recursos dependem de atitudes contratuais e de negociação por parte das atividades internas da empresa (empreendedor – gestor) (Coase, 1937, p. 389, tradução nossa). Nesse sentido, a disposição literal do texto: “(...) *The purpose of this paper is to bridge what appears to be a gap in economic theory between the assumption (made for some purposes) that this allocation is dependent on the entrepreneur-co-ordinator*” (COASE, R. H. *The Nature of the Firm. Economica*, New Series, v. 4, Issue 16, Nov. 1937, p. 386-405. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=808887&forceview=1>. Acesso em: 20 abr. 2024).

³²³ A expressão custos de utilizar os mecanismos de preços, ou custo de realizar uma

contexto, parte-se da premissa de que os custos de transação realizados pelas firmas, são relativamente menores que os praticados pelo mercado ou nas individualidades.

A obra literária *The Nature of the Firm* esclarece o fundamento pelo qual empresários, gestores e empregados se reúnem na empresa (denominada Firma), abstraindo a ideologia de uma atuação puramente individual. A transação idealizada por estes atores tem um custo, especialmente em contratos com vigência de duração longa³²⁴, em que precisa ser minimizado para majorar o valor da produção, ou seja, os custos de transação se minimizam ou tornam-se mitigados, quando os atores se estruturam de forma organizada na firma³²⁵ (Coase, 2022, p. L).

Há uma referência, portanto, ao contrato como negócio jurídico bilateral ou plurilateral, instrumento este que seria mais vantajoso sob o ponto de vista de confecção pela firma, do que propriamente dito pelos agentes individuais, como empresários, gestores e empregados (Coase, 2022, p. L). Nesse sentido, eventual oscilação negativa decorrente da execução contratual, não estaria isenta de materialização, no entanto, a firma estaria com aptidão relativamente maior do que as individualidades, em suportar eventuais obrigações ou consequências decorrentes dos prejuízos contratuais (Coase, 2022, p. L).

Constata-se, portanto, que o comerciante, per si, atuante no mercado de forma individual e solitária, em pretensa obtenção de lucro em sua atividade, parte em pesquisa onerosa pela aquisição de insumos (matéria-prima) em diferentes pontos de mercado, de forma que, a tarefa somente se finaliza, após o enfrentamento dos obstáculos apresentados pelos custos de transação (Coase, 2022, p. LI). Com o

transação por meio de uma troca no mercado aberto, ou de forma simples, custos associados à utilização do mercado, foram expressões utilizadas no artigo de 1937, e aperfeiçoado com a criação do Teorema de Coase no artigo – O Problema do Custo Social – com a expressão moderna “Os custos das transações no mercado” ou “Custos de Transação” (Coase, 2002, p. 6) (COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão da tradução: Francisco Niclós Negrão; estudo introdutório: Antonio Carlos Ferreira, Patrícia Cândido Alves Ferreira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022).

³²⁴ Uma das formas de minimização dos custos de transação é a celebração de contratos a longo prazo, em substituição a realização de vários contratos menores para cada transação, o que diminuiria os riscos da elevação de custos das tratativas, e até mesmo o aumento de riscos em relação às pessoas envolvidas (COASE, Op. cit., 1937, p. 391, tradução nossa).

³²⁵ O funcionamento do mercado tem um custo. Ao formar uma atividade econômica organizada, e permitir que determinada autoridade (empreendedor) direcione os recursos, poupar-se os custos de transação. O empresário deve exercer a sua função a um custo menor, tendo em vista, o fato de obter fatores de produção a um preço menor (transações contratuais internas da firma), em relação comparativa aos preços estabelecidos pelo mercado (Ibid., 1937, p. 391, tradução nossa).

advento da Revolução Industrial, a individualidade começou a perceber que a aquisição de insumos se tornaria eficiente, por intermédio da facilitação de trocas de uma unidade técnica de circulação ou produção (através dos direitos de propriedade e contratos), mormente como uma forma de diminuir os custos de transação e maximizar o lucro (Coase, 2022, p. LI). Surge, portanto, a firma, que nasce na economia de mercado para diminuir os custos de transação referente às atividades, e, consequentemente maximizar o lucro³²⁶ (Coase, 2022, p. LII).

Nesse raciocínio, o pressuposto da existência das firmas, advém justamente dos custos para a adoção de mecanismos de preços no mercado (custos de transação). Inclui-se nos custos de transação, o custo de identificar os preços de mercado, os custos para negociar e executar contratos distintos em cada transação (Coase, 2022). Fato que o mercado, estabelece a possibilidade de redução dos custos, porém, não é capaz de uma redução drástica, como é na firma, que não requer como regra, especialistas em preços de mercado, mas empreendedores e gestores responsáveis pela redução dos custos de transação em relação ao mercado³²⁷ (Coase, 2022, p. LII).

Estabelecida a hipótese de se realizar transações de forma descentralizada, sem a hierarquia de gestores e empreendedores perante subordinados, a partir de simples individualidades de comerciantes, por exemplo, significa pela teoria, que surgirão empresas (firmas)³²⁸ que se organizarão para realizar transações, diferentes das transações de mercado, com custos menores aos praticados pelo mercado. Nesse contexto, o “(...) limite para o tamanho da firma se estabelece onde seus custos de organizar uma transação

³²⁶ Uma empresa se amplia na medida em que as transações realizadas (que poderiam ser transações de troca coordenadas pelo mecanismo de preços em atividades externas), são organizadas pelo empresário (gestores, empreendedores) de forma interna pelas empresas, o que torna menor em razão do abandono de transações com fulcro no mecanismo de preços (Ibid., 1937, p. 393, tradução nossa).

³²⁷ De forma didática, para fins de ilustração, existem transações para as quais o uso do mercado implica custos menores, enquanto que há outras hipóteses de transação para o uso de mecanismos internos da firma. Os custos de transação, são aqueles voltados diretamente nas influências do mercado ou nas influências internas da firma, e, desta forma, são afetados pelas regras vigentes (formais e informais), ao ponto de considerar que instituições fortes, são responsáveis por equilibrar ou reduzir os custos de transação, ao passo que as fracas, mantêm ou aumentam os custos de transação (Yeung, 2010, p. 14). As instituições formais, fala-se na sentença e a própria legislação, as informais, os costumes, a moral, a religião (Yeung, 2010, p. 18) (YEUNG, L. Além dos “achismos”, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do Judiciário brasileiro, 242 f, Tese de Doutorado, Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/500>. Acesso em: 25 mai. 2024).

³²⁸ As firmas, constituídas na moderna teria econômica, como uma organização técnica e estruturada, de produção e circulação de riquezas, que transforma insumos em produtos (COASE, Op. cit, 2002, p. 6).

tornam-se iguais ao custo de realizá-la através do mercado. Isso determina o que a firma, compra, produz e vende" (Coase, 2022, p. 7).

Diante de tais considerações, do propósito de afirmação de que as atividades de transação interna da empresa constituem o lado positivo de uma atividade organizada empresarial, entende-se pertinente, traçar algumas considerações da ideologia dos custos de transação, sob a perspectiva da teoria da natureza da firma, para ideologia do artigo clássico intitulado o Problema do Custo Social.

Em sua proposta destaca-se a maximização da riqueza, representada pela maximização do valor da produção. Para Coase (2022, p. 158), o custo social é representado pelo auge de valorização que geraria um fator de produção em determinada atividade alternativa. Nesse raciocínio, produtores como regra (interessados na maximização de seus rendimentos), não estão preocupados com o custo social, e, somente empreenderão uma atividade se o valor do produto dos fatores de produção empregados, for superior ao custo privado suportado pelo produtor (Coase, 2022, p. 158). Nesse contexto, se o custo privado for igual ao custo social, os produtores realizarão um empreendimento, somente se o valor do produto decorrente dos fatores empregados for superior ao valor que renderiam no seu uso alternativo (custo privado), ou seja, com custos de transação zero, o valor de produção torna-se maximizado (Coase, 2022, p. 158-159).

O exemplo citado por Coase (1960, p. 2, tradução nossa) na obra *The Problem of Social Cost*, descreve com clareza o papel da intervenção do Estado minimamente, para efeito de permitir a maximização de renda das partes dentro da autonomia de suas tratativas. Nesse sentido, determinado pecuarista desenvolve sua produção, e, em razão das atividades diárias, acaba por invadir com seu rebanho, a propriedade circunvizinha do agricultor que realiza sua plantação para fins de produção e circulação de riquezas recíprocas, tendo em vista a ausência de cercas entre as propriedades (Coase, 1960, p. 2-3, tradução nossa). Com a invasão da propriedade pelo pecuarista, de plano manifestam-se prejuízos consideráveis nas plantações do agricultor vizinho (externalidades) (Coase, 2022, p. LX). Na hipótese aventada, se o agricultor pretender o resarcimento de seus prejuízos mediante indenização material em face do pecuarista (causador dos prejuízos), por certo, este terá de transferir os custos decorrentes da condenação paga, nos custos do rebanho que comercializa (custo privado) (Coase, 2022, p. LX).

Por outro lado, porventura se o pecuarista não fosse obrigado ao pagamento da indenização, e a atividade governamental fosse mínima, e mais, o mercado atuando por conta própria, pecuarista e agricultor poderiam se valer de uma negociação privada, provocando, portanto,

custos de transação relativamente baixos (Coase, 2022, p. LX). Com efeito, o Estado, como ente regulador de organização formal, interviria somente se as partes não obtivessem êxito em suas tratativas, a exemplo, na figura do Judiciário por intermédio da figura da heterocomposição representada pela sentença (Coase, 2022, p. LX).

Desta forma, o Estado em regra, com caricatura paternal e protecionista, é substituído pela vontade das partes, na medida em que, a autonomia da vontade negocial, no presente exemplo, de pecuarista e agricultor, deveria existir quando os custos de transação se materializarem reduzidos (Coase, 2022, p. LX). Em suma, os custos de transação precisam ser reduzidos, para que se possa falar em atos negociais. Com a negociação, as partes chegam a uma solução amigável eficiente, afastando, portanto, toda e qualquer regulação estatal, ou forma de solução de conflito pela figura do Poder Judiciário (Coase, 1960, tradução nossa). A ideia, portanto, é a solução de externalidades por intermédio da autonomia da vontade das partes em processo negociais. Respetiva tarefa somente é possível, quando os custos da transação se materializarem reduzidos, pois, uma vez elevado estes mesmos custos³²⁹, dificilmente transações se iniciarão ou tornar-se-ão concluídas, o que afetará o bem-estar da sociedade (Coase, 2022, p. LXI).

Portanto, o Teorema de Coase entrega uma lição, no sentido de que as partes negociarão para obter um resultado eficiente, inobstante a forma de distribuição dos direitos atribuídos, desde que os custos de transação não impeçam as partes de negociar (Medema; Mercuro, 2006, p. 114, tradução nossa)³³⁰.

³²⁹ É claro que Coase (1960, p. 14-15, tradução nossa), aponta em seu raciocínio, a circunstância fática habitual, quando da existência de custos em relação as transações de mercado. Para o autor, é importante analisar com quem se deseja negociar, observar os termos, e conduzir a determinadas negociações que conduzam a barganha, a fim de garantir a fiel observância dos contratos. Tais operações são consideradas dispendiosas no sentido de impedir que o sistema de preços funcione sem custos. Portanto, identificado os custos de transação do mercado (externalidades), a viabilidade de uma atividade empresarial se perfectibiliza, quando o aumento do valor da produção resultante da organização interna (transações) é maior que os custos envolvidos na concretização da atividade. Quando inferior, qualquer intervenção estatal (sentença, Lei), resulta na interrupção da atividade. O arranjo legal previamente estabelecido, determina as premissas de funcionamento do sistema econômico. O governo para Coase (1960, p. 16, tradução nossa) é uma super empresa, pois influencia a utilização de fatores de produção por decisões governamentais legislativas e judiciais, e cabe a empresa no microssistema, restrita aos controles de suas operações em relação a concorrência, administrar suas atividades a custos mais baixos, ao ponto de tornar os custos do mercado menos elevados em detrimento aos custos internos da empresa (COASE, R. H. The problem of social cost, **Journal of law and Economics**, v. 3, October, 1960, p. 1-44. Disponível em: <https://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf> Acesso em: 22 abr. 2024).

³³⁰ Os custos de transação para Carvalho (2016, p. 191-192) traduzem a ideia de que a

Na continuidade de raciocínio, nos moldes propostos pela ideia preliminar do capítulo, passa-se a discorrer o critério de evolução da Economia dos Custos de Transação (ECT), nos moldes teóricos da corrente que difundiu um desenvolvimento da teoria de forma mais adequada³³¹ (Klein, 2013, p. 168). Da evolução teórica proposta pelo Teorema de Coase, em relação aos custos de transação, passa-se a discorrer aportes teóricos acerca da Economia dos Custos de Transação³³², no modelo da Escola da Nova Economia Institucional.

A evolução da economia dos custos da transação caminha sob uma percepção de Williamson (2010) por progressos de formação natural, discriminadas em fases distintas³³³: a primeira delas, datada

empresa se constitui como mecanismo de redução de custos de transação, englobando a qualidade de que as entidades dispõem para elaborar, negociar e executar negócios, com melhores condições para administrar contingências e agir de maneira informada na interatividade com os agentes de mercado, na pretensão de transmudar eficientes incertezas em riscos, permitindo-se auferir lucros significativos. Nesse sentido, em havendo custos de transação, determinados arranjos contratuais provocam custos que superam os ganhos. Por essa razão, indispensável a criação de estruturas de governança, estruturas hierárquicas, por meio das quais os custos serão devidamente alocados (CARVALHO, A. de. Os contratos híbridos como categoria dogmática: características gerais de um conceito em construção, **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n. 19, p. 181-229, julho/dezembro 2016).

³³¹ Em seus estudos, Klein (2013, p. 168) se refere a Oliver E. Williamson, a principal construção teórica quanto ao estudo da Economia dos Custos de Transação, na tese desenvolvida pela Nova Economia Institucional (KLEIN, V. A economia dos contratos na teoria microeconômica: uma análise a partir do realismo crítico, 290 f., Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35722>. Acesso em: 28 mai. 2024).

³³² Em complemento, Klein (2013, p. 168) aponta uma ordem cronológica de três obras de Oliver Williamson, que fazem referência aos estudos da Economia dos Custos de Transação, quais sejam, a obra *Markets and Hierarchies* de 1975, com aprofundamento do assunto na obra de 1985 (*Economics Institutions of Capitalism*), e abreviada na obra *Mechanism of Governance* de 1996, obra esta, de consulta para referências da presente tese (Ibid., 2013, p. 168).

³³³ Nesse sentido, os estágios em descrição do texto de forma literal por Williamson: “(...) *With the benefit of hindsight, transaction cost economics has undergone a natural progression. The informal stage got started in the 1930s with Coase's challenge to the profession that firm and market organization should be derived rather than (as was then the practice) taken as given, to include the suggestion that the missing concept was transaction cost*” (Williamson, 2010, p. 687). A fase informal, tipificada pela ideia de Ronald Coase de que a organização da empresa e do mercado deveria ser derivada (de forma prática), e não como um dado construído, propondo como sugestão, o conceito do custo de transação (Williamson, 2010, p. 687, tradução nossa). Ainda, a segunda fase em sua descrição literal pelo autor: “(...) *The preformal stage began in the 1970s with the application of the lens of contract/governance to vertical integration. Interfirm contracts that were incomplete (by reason of bounds on rationality) would experience maladaptation hazards if the parties were bilaterally dependent (by reason of transaction specific investments) in the face of disturbances for which the stakes are great (strategic defection)*” (Williamson, 2010, p. 687). A fase pré formalidade, em destaque, faz referência aos problemas nos custos de transação, quando se elevam decorrente dos contratos incompletos, motivados pela racionalidade nas informações assimétricas (defeitos na informação) (Williamson, 2010, p. 687, tradução nossa). Por fim, a descrição da fase

de 1930 denominada informal com Ronald Coase, na clássica descrição dos custos de transação anteriormente apresentado; a segunda fase subsequente de transição (pré-formal), nos idos de 1970 com Oliver Williamson, ao estabelecer uma análise dos contratos, notadamente pela incompletude de suas disposições em razão da racionalidade que limita a respectiva completude, tal situação implicaria riscos de adaptação entre as partes pela dependência bilateral de seus investimentos, com alto risco nos custos de transação (Williamson, 2010, p. 687, tradução nossa); a terceira intitulada como fase semiformal, nos anos de 1980 em diante, permitiu ênfase as formas alternativas de governança (mercado, híbrida e hierárquica), em razão das diferentes formas de adaptação de cada uma delas, no que diz respeito as peculiaridades de suas transações (Williamson, 2010, p. 687, tradução nossa). Em resumo, a Economia dos Custos de Transação objetiva a produção de um propósito científico na organização econômica com capacidade de realizar previsões precisas, produzir aplicações em matéria de políticas públicas e realizar testes empíricos (Klein, 2013, p. 168).

A economia dos custos de transação adota como premissa de comportamento, a racionalidade limitada e o oportunismo. A racionalidade limitada entendida pelo aspecto de que os indivíduos são racionais de forma intencional, porém, com limitações em determinados aspectos cognitivos, seja pela informação, quanto pela falta de capacidade na consecução perfeita de objetivos (Klein, 2013). A racionalidade na economia dos custos de transação, de viés limitado, se diferencia do modelo tradicional perfeito e absoluto, de maneira que, uma solução satisfatória é aquela que atende um modelo especificado pelo responsável da tomada de decisão, porém, não é necessariamente a melhor alternativa existente ou alternativa perfeita. O oportunismo, assume formas flagrantes³³⁴, associado a Maquiavel, ao perceber que os agentes econômicos que travam com o princípio

semi-formal: “(...) *The semiformal stage gave added prominence to the defining attributes of alternative modes of governance (market, hybrid, and hierarchy) as these relate to differing adaptive needs, of autonomous and coordinated kinds, among different transactions*”. A fase semi-formal, com característica empírica e voltada em análise de pesquisas com políticas públicas, buscou uma análise do mercado, empresa e mercado de forma híbrida, e pela hierarquia interna na empresa através da governança (Williamson, 2010, p. 687, tradução nossa) (WILLIAMSON, O. E. *Transaction Cost Economics: the natural progression*. **The American Economic Review**, v. 100, n. 3, p. 673-690, 2010. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.100.3.673>. Acesso em: 30 mai. 2024).

³³⁴ Para Williamson (2012, p. 43), a ideia oportunista se relativiza aos esforços calculados de distorcer, disfarçar, ofuscar, ou de outra forma confundir, condições reais de assimetria de informação que complicam de forma genérica os problemas da organização econômica (WILLIAMSON, O. E. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados, relações contratuais. São Paulo: Pezco Editora, 2012).

eram oportunistas, sutis na busca de interesses como astúcia, e a natural, denominados homens do dólar, executivos corporativos, voltados a tomada de decisão para interesses próprios, em benefício de suas empresas³³⁵ (Williamson, 1996, p. 224-225, tradução nossa).

No mesmo raciocínio, a unidade básica de observação da economia dos custos de transação é a própria transação. A transação se torna manifesta, pelo olhar da Economia dos Custos de Transação, na substituição do *homo economicus* (racional e maximizador de riquezas), para o homem contratual, que vivencia contratos incompletos, dotado de uma racionalidade até então absoluta, para uma racionalidade limitada, por não delimitar *ex ante*, planejamento e estratégias eficientes para todos os riscos de uma respectiva contratação (Klein, 2013, p. 173).

O homem contratual³³⁶ se torna protagonista na economia dos custos de transação, na medida em que, considera a transação como a unidade básica, e, notadamente, preocupa-se com a especificidade dos ativos (a exemplo o próprio capital da empresa – crédito), ao verificar a hipótese com que esse ativo específico, possa ser realocado de forma alternativa, sem perda de valor produtivo, facilitando o processo de governança nas relações contratuais da empresa (Williamson, 1991, p. 79, tradução nossa).

Um fator importante no que diz respeito aos custos de transação, se deve ao fato da análise dos custos de transação, e, se estes podem ser avaliados *ex ante* ou *ex post* (Williamson, 2012).

³³⁵ A racionalidade limitada e o oportunismo, encontram-se nos propósitos teóricos de Ronald Coase, de entender o homem como ele é, encontrando-se presentes em uma das 4 características que Williamson (1991, p. 79, tradução nossa) adota como inerentes ao programa da economia dos custos de transação, quais sejam: a) suposições comportamentais (aqui incluída a racionalidade limitada e o oportunismo como pressupostos comportamentais); b) dimensionalidade de transações; principais características de governança; d) a contratação incompleta. Os pressupostos comportamentais da racionalidade limitada e do oportunismo provocam ramificações para a organização econômica ao dispor, (I) que todos os contratos complexos, inevitavelmente são incompletos, manifestando a não implementação de processos complexos de alinhamento das atividades empresariais (devido a racionalidade limitada); (II) confiar no contrato como promessa, é perigoso (devido ao oportunismo e astúcia dos contratantes); (III) indispensável salvaguardar as transações, contra o risco do oportunismo (WILLIAMSON. O. E. Strategizing, economizing, and economic organization, Strategic Management Journal, v. 12, p. 75-94, 1991. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2486435>. Acesso em: 28 mai. 2024).

³³⁶ Estudam-se os sistemas complexos sob diferentes vertentes (Williamson, 2012), ao analisar o homem sobre diversos pontos de vista, o homem econômico, o homem político, o homem trabalhador e o homem hierárquico. Na presente abordagem, extrai-se a abordagem do homem contratual, tipificado por aquele que discute o comportamento do homem contratual (racionalidade limitada e oportunismo), os atributos das transações de importância para a atividade econômica, e, por fim, o grau pelo qual o homem contratual se apoia na justiça, para a resolução dos conflitos (WILLIAMSON, Op. cit., 2012, p. 39).

Os custos de transação *ex ante*, fazem referência a fase negocial, preparatória, de salvaguarda de um acordo, parte que deve ser levada com preocupação e apreciada de forma acurada, a fim de se analisar hipóteses (contingências), com adaptações averiguadas de forma preparada e antecipada (Williamson, 2012). Por outro lado, na análise anterior (preparatória), o documento tido como complexo, pode deixar lacunas, para efeito de futuras interpretações e tratativas futuras das partes envolvidas, exatamente pela situação hipotética de contingências (Williamson, 2012). A análise tradicional, conduz a hipótese de que o Estado (instituição formal), é um mecanismo dotado de regramentos, com estabilidade, de maneira que as partes contratantes, deixarão a solução do problema, para a chancela respectiva a quem de direito (Williamson, 2012, p. 17). Tal premissa, leva a conclusão de Williamson (2012), de que as tratativas privadas, notadamente as contratuais, ficaram submetidas a segundo plano, tornando-se uma lástima, uma vez que, as formas consensuais de solução de contendas em caráter alternativo, provocam em grande parte soluções satisfatórias (Williamson, 2012, p. 18).

Os custos de transação *ex post*, são aqueles realizáveis inevitavelmente, assumindo determinadas formas, dentre as quais, a má adaptação das relações durante a execução do contrato (desalinhamento), os custos de barganha, responsáveis pelas tratativas quando da ocorrência do desalinhamento, e os custos de criação de vínculos, com a finalidade de efetuar compromissos seguros (Williamson, 2012, p. 18).

Nesse contexto, a economia dos custos de transação, entende como tarefa impossível, concentrar todas as ações de uma atividade empresarial, para uma negociação contratual *ex ante*. Portanto, a negociação se torna generalizada, na medida em que, o estudo dos contratos assume um significado crítico, inserindo nos atributos comportamentais (racionalidade limitada e oportunismo), características fundamentais, para a defesa da preocupação de tratativas contratuais *ex post* (Williamson, 2012, p. 25).

Depreende-se das considerações teóricas apontadas, que a análise econômica do direito, nas evoluções teóricas anteriormente apontadas, propôs a necessidade de apreciação do comportamento humano na influência das organizações econômicas de uma empresa, com ênfase na análise às instituições, a exemplo, as informais e formais, que interferem no processo de organização dos custos de uma empresa³³⁷.

³³⁷ Substituir a ideia de hiper-racionalidade (racionalidade absoluta), para uma rationalidade limitada, significa dizer que os seres humanos pretendem agir com rationalidade, porém, com certos limites, o que implica substituir a expressão maximização pela ideia de satisfação, de forma a encontrar uma ação humana coerente,

Para tanto, conforme relatado, é indispensável analisar meios alternativos para a utilização dos ativos da empresa. Nesse aspecto, se destaca a utilização da negociação colaborativa, como forma de realizar negociação interna na empresa, bem como nas relações entre empresas, como é o caso do próprio contrato de franquia, para se evitar, as influências das externalidades, essas representadas pela intervenção de instituição formal (Estado), na figura do Poder Judiciário, através da resposta jurisdicional representada pela sentença. É cediço, em complemento, que dita resposta, em grande parte, ao mesmo tempo que favorece uma das partes, em contrapartida, provoca o sabor amargo da sucumbência e, de reflexos diretos e indiretos a atividades empresariais, como o fechamento da operação produtiva, o que acarreta, a ausência de circulação de riquezas, e os malefícios indiretos a terceiros vinculados ao impacto da inatividade empresarial.

A partir de tais concepções teóricas, em razão da própria evolução da economia dos custos de transação, notadamente, para uma análise dos contratos a longo prazo de natureza incompleta, indispensável realizar uma exploração da teoria dos contratos incompletos, como justificativa teórica para embasar a aplicação de uma cláusula negocial, como instrumento da redução dos custos de transação. Passa-se então, a exploração teórica do tema.

4.3 A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O VIÉS DOS CONTRATOS INCOMPLETOS

A princípio, exatamente pelo fato de se estar explorando temáticas do direito e da economia, o contrato em si, para a vivência dos economistas, da mesma forma que a visão jurídica, é um “(...) acordo entre duas ou mais partes para, entre elas, transmitir direitos, estabelecer, eliminar ou modificar deveres anteriormente ajustados (...) operação que cria, modifica ou extingue relações jurídicas patrimoniais” (Sztajn, 2006). A partir dessa premissa, respectivas tratativas (obrigações, direitos e deveres), deverão ser analisadas de forma acurada, em razão de eventuais modificações que alteram no tempo, e afetam de plano situações já acordadas, com ausência de clareza, para efeito da fiel solução para o que já havia sido convencionado (Sztajn, 2006). Nesse contexto, economistas consideram, aquilo que é uma fonte do direito para juristas, o contrato

atribuindo uma fragilidade ao ser humano, capaz de nortear a respectiva conduta como um comportamento que predomine o lado benigno, próximo da perfeição, mesmo sabendo da impossibilidade de atingi-la, justamente pela ideia de racionalidade limitada. (WILLIAMSON, 2005, Op. cit., p. 21-22).

como sinônimo de instituição social ou instituto, da melhor forma que se queira interpretar (Sztajn, 2006, p. 171).

Considerando que os economistas identificaram a existência de custos na realização contratual, a exemplo, nas hipóteses de assimetria de informação³³⁸, ou informação privilegiada prévia, os contratos merecem uma atenção especial na respectiva confecção, visando com que não se desmotive as contratações, impedindo eventuais práticas oportunistas. A forma de reduzir os custos, foi o objeto de estudo da economia dos custos de transação (Sztajn, 2006, p. 172).

Para Williamson (2012), o contrato está sujeito a determinados elementos, que devem ser vistos de forma paralela, e não menos importante que os elementos descritos pelo direito civil (partes, objeto, preço, foro). Nesse sentido, destaca-se o mundo dos contratos, composto pelo planejamento, a promessa, a competição e a governança (ordenamento privado – autonomia – autorregramento) (Williamson, 2012, p. 25).

Evidenciados tais elementos, indaga-se: quais as competências cognitivas, e quais as inclinações em vias do autointeresse atribuídas aos agentes, envolvidos em um processo de negociação? Foi visto, que a economia dos custos de transação, sob o viés evolucionista de Oliver Williamson, parte da premissa de que os agentes humanos são dotados de racionalidade limitada, com comportamentos racionais de forma intencional, no entanto, com certos limites, e ainda, com oportunismo voltados a busca do autointeresse com intensidade e práticas desmedidas (Williamson, 2012). A fonte de valor econômico real está na harmonia contratual entre os agentes contratantes, que se encontram engajados no processo de negociação (Williamson, 2012, p. 26).

Para Williamson (2012), em uma situação hipotética, em que as partes são dotadas de oportunismo em determinada relação negocial (contratual), para efeito de tratativa dos ativos (condições de cláusulas contratuais), na hipótese de uma racionalidade ilimitada (absoluta), por certo, toda e qualquer tratativa, deve ser tratada com barganha (negociações/concessões) *ex ante*, a fim de que os contratos estipulem condições de tratativas dos ativos de forma completa, analisando em

³³⁸ Para Sztajn (2004, p. 289), a informação assimétrica provoca um problema: considerando que a informação é responsável por produzir renda, se os benefícios gerados pela informação não forem suficientes para suportar a fiel partilha dos contratantes, o comportamento oportunista (estratégico) dos negociadores resultará na omissão de informações, provocando a apresentação de dados incorretos e até falsos na elaboração e consecução dos contratos (SHTAJN, R. A incompletude do contrato de sociedade, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 283-302, 2004. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626/70236>. Acesso em: 08 jun. 2024).

detalhes eventuais contingências. Desta forma, a execução dos contratos será sempre perfeita, e qualquer descumprimento receberá o devido respaldo pela figura da adjudicação judicial (Williamson, 2012, p. 26). O contrato, sob a concepção da racionalidade ilimitada, está vivenciado sob o mundo do planejamento.

Por outro lado, considere a hipótese de que os agentes possuem a racionalidade limitada, e na realização de tratativa de ativos específicos, se pressuponha que o oportunismo esteja ausente, o que justifica a palavra do agente com lisura, quanto ao objeto do que está sendo contratado. Como condição, insere-se a cláusula de autoequilíbrio do contrato na hipótese de descumprimento de um dos agentes. Nesse caso, o comportamento estratégico é negado, em razão da lisura das partes (ausência de oportunismo), aliado a cláusula específica de execução em razão de descumprimento, gerando a tratativa *ex ante*, como fundamental no processo negocial. Em ato consequente, a execução do contrato se passa de forma natural (eficiente), porque as tratativas (promessas) já mencionadas, se deram em razão do não oportunismo, autoexecutáveis. O contrato aqui, se reduz ao mundo das promessas, estas iniciais (Williamson, 2012, p. 26).

O processo de planejamento e promessas torna-se falho, quando ausente de forma concomitante, a racionalidade limitada e o oportunismo, aliado a especificidade dos ativos. O planejamento é incompleto (racionalidade limitada), a promessa se dilui em razão do oportunismo e astúcia, e, portanto, a identidade dos agentes (pares na contratação), importará no mundo negocial. Uma vez existente, a hipótese de um Judiciário falho, ou com eficiência reduzida, a execução do contrato recairá sobre as mãos das instituições privadas (Williamson, 2012, p. 26). Nesse sentido, que a economia dos custos de transação, buscar traçar linhas próximas ao movimento retilíneo uniforme, de forma a provocar a economia da racionalidade limitada, com a simultaneidade da segurança contra os riscos do oportunismo.

Portanto, na especificidade dos contratos, contextualiza-se como conceito básico na Economia dos Custos de Transação, a existência de problemas futuros nos contratos (*ex post*), problemas estes que poderão ser antecipados (*ex ante*) pelos agentes (empresários, diretores, gestores), responsáveis pelos arranjos institucionais no momento da contratação (Zylbersztajn; Sztajn, 2005, p. 8). Abrem-se as hipóteses de descumprimento contratual por parte dos agentes, movidos pelo oportunismo, e pela apropriação dos valores de investimentos de ativos da empresa (Zylbersztajn; Sztajn, 2005). Nesse sentido, diante da impossibilidade de realização de contratos completos, dada a complexidade das relações, bem como, a complexidade do comportamento humano (racionalidade limitada),

lacunas³³⁹ tornam-se evidentes (Zylbersztajn; Sztajn, 2005, p. 8)³⁴⁰.

A par desse raciocínio, identificam-se relações próximas com a análise econômica do direito, na medida em que, os agentes procurarão se abster de eventual descumprimento contratual, desde que, os custos do rompimento contratual tornem-se proporcionalmente maiores do que os benefícios de realização da prática oportunista (Zylbersztajn; Sztajn, 2005). Em complemento, destaca (Zylbersztajn; Sztajn, 2005) que os custos do inadimplemento contratual, ou de eventuais hipóteses de rescisão, eclodem a partir da associação de mecanismos privados (perda de reputação, efeitos negativos no ativo da empresa) e públicos (decisão judicial), além de razões de ordem não institucional individualizadas como a moral, os bons costumes (ética) (Zylbersztajn; Sztajn, 2005, p. 9).

A partir do raciocínio proposto, o comportamento humano na confecção e execução dos contratos, faz dele, em grande parte incompleto³⁴¹, situação proveniente da racionalidade limitada, do oportunismo, e até mesmo de eventuais externalidades, como a ação do Estado no mercado, capaz de provocar a necessidade de modulação

³³⁹ A doutrina brasileira, inicia a classificação das lacunas em típicas e atípicas: a primeira, no sentido da possibilidade de sua aparição decorrer de força legal, e, por sua vez, a segunda, na hipótese de inexistência de tipificação legal. A razão para o caso da existência de lacunas atípicas se resolve em virtude da preservação do contrato, isentando que a falta ou precariedade de elemento essencial produza a inexistência do contrato (nas lacunas típicas, qualquer irregularidade se dá pela colmatação). Outra razão, e não menos importante, indicar previamente o critério ou o meio necessário para realizar o preenchimento da lacuna. Nesse sentido, a presença legal de lacunas, provoca de forma intencional, a preservação do vínculo contratual, e promove a segurança, quanto ausente determinados elementos nos contratos (Nitschke, 2019, p. 295) (NITSCHKE, G. C. M. **Lacunas contratuais e interpretação:** história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019).

³⁴⁰ Para Azevedo (2005), o contrato de franquia, como visto em tópicos anteriores, de natureza jurídica complexa, há a transferência pelo franqueador, de direitos de uso e de um ativo intangível (marca, conceito de negócio) a um franqueado, que, em troca paga taxas diversas ou contribui com derivados ativos complementares. Nessa espécie de contrato, há diversos deveres que as partes se sujeitam em respectivo período de vigência. O franqueado, com o dever de respeitar o padrão de qualidade do franqueador, o franqueador, o dever de investir bens coletivos do interesse da rede (associação) de franqueados (propaganda, desenvolvimento de novos produtos/serviços, treinamentos). Nesse sentido “(...) contrato formal, carregado de salvaguardas e provisões para eventos futuros que possam afetar o comprometimento das partes com os termos inicialmente acordados (Azevedo, 2005, p. 113) (AZEVEDO, P. F. de. Contratos – Uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R (org). **Direito & Economia:** análise econômica do direito e das organizações. 6. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

³⁴¹ Para Williamson (1996, p. 46, tradução nossa), a economia dos custos de transação agasalha a racionalidade limitada enquanto elemento, e propõe como ramificação da racionalidade não absoluta, para efeito de estudo da organização econômica, que todos os contratos complexos, de forma inevitável consideram-se incompletos. Nesse sentido, a tradução literal do texto: “(...) *Transaction cost economics embraces bounded rationality but urges that the principal ramification of bounded rationality for studying economic organization is that all complex contracts are unavoidably incomplete*” (WILLIAMSON, O. E. **The Mechanisms of Governance.** New York: Oxford University Press, 1996).

(readequações), no processo de cumprimento dos contratos, até para de evitar o desfecho da malfadada rescisão. É nesse momento, que os efeitos da ação privada (dos agentes envolvidos no contrato), deve prevalecer sob qualquer ação externa³⁴², como forma de diminuir os custos de transação, e permitir a negociação entre as partes, para a fiel permanência das tratativas contratuais³⁴³.

A incompletude dos contratos³⁴⁴, portanto, é parte integrante do estudo na economia dos custos de transação, descrevendo o processo de contratação como algo incompleto per si. Não fosse a incompletude, perderia o sentido o estudo da governança, para efeito de soluções de problemas contratuais *ex post* (decorrentes de informações assimétricas/contingências). Seria evidente, negado a economia dos custos de transação, e, portanto, sem qualquer objeto a própria ideia de governança, o fato da possibilidade de se olhar para o futuro, antecipando todos os problemas (Williamson, 1996, p. 236).

Logo, a ideia de contratos incompletos não decorre da deficiência

³⁴² Williamson estabelece um ponto antagônico entre as expressões Centralismo Legal *versus* Ordenação Privada, ao propor que apesar dos pontos atrativos das regras jurídicas e fiel atribuição da solução de conflitos aos tribunais (centralismo jurídico), em contrapartida, deve-se dar atenção especial as ordenações privadas, com ênfase a substância em detrimento ao formalismo, de forma que a ordem judicial formal (centralismo jurídico), é substituída com voz para as ordenações privadas, pela justificativa dos contratos incompletos e necessária observação de tratativas *ex post* (Ibid., 1996, p. 57, tradução nossa).

³⁴³ Uma lição importante para o estudo da organização econômica se deve ao fato, de que as transações que estão sujeitas ao oportunismo *ex post* serão positivas, se houver a proteção apropriada *ex ante*. Em vez de uma resposta reciproca e astuta do oportunismo contrário, o princípio sábio é aquele que procura tanto dar como receber compromissos creditáveis. Os incentivos podem ser reprogramados ou podem ser criadas estruturas de governança para efeito de organizar as transações. Nesse sentido, a expressão do texto literal: “(...) *The more important lesson, for the purposes of studying economic organization, is this: Transactions that are subject to ex-post opportunism will benefit if appropriate safeguards can be devised ex ante. Rather than reply to opportunism in kind, therefore, the wise prince is one who seeks both to give and to receive "credible commitments." Incentives may be realigned, or superior governance structures within which to organize transactions may be devised.*” (Ibid., 1996, p. 48, tradução nossa).

³⁴⁴ A lição da incompletude contratual é apresentada por Posner (2010, p. 216), em frase extremada ao dizer “(...) que essas características, tomadas em conjunto, sugerem que, mesmo em sua limitada esfera de ação, o direito contratual primitivo mal existe”. Essas características, representadas pelo sinalagma (bilateralidade), autonomia privada absoluta, a quebra contratual como uma forma de roubo, a ideia do devedor como responsável por qualquer defeito no produto, se relativiza pela função econômica do direito contratual moderno, responsável por facilitar as transações, nas quais uma ou ambas as partes levam tempo para o respectivo cumprimento da obrigação. Acontecimento imprevistos, assimetria de informações e oportunismos das partes, podem levá-las ao atraso no cumprimento ou ao descumprimento contratual, de maneira que o tempo que se leva para o cumprimento da atividade contratual, é fruto da atividade econômica por ele regulada (POSNER, R. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva, revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010).

dos agentes, mas na dificuldade de observar e identificar contingências. Utiliza-se como premissa, o alinhamento dos problemas básicos *ex ante* e respectivas soluções, para efeito de maximização de ganhos dos contratantes *ex post* (Klein, 2013). A par desse raciocínio, inúmeras situações fáticas (informações) ocorrem durante o lapso de cumprimento do contrato³⁴⁵. A problemática exsurge quando, o nível de investimentos e informações decorrentes do momento *ex ante*, deixa de atender ao previamente convencionado, em razão de circunstâncias alheias não verificáveis de forma prévia, porém, as tratativas prévias, podem voltar à normalidade, fruto de renegociações das condições do contrato (Klein, 2013, p. 141).

Respectiva abordagem, e ratificada na presente tese, é o fato de que não se defende de forma absoluta, a hipótese de as partes regularem respectivas relações (ordenação privada), de forma a ignorar a regulação do Estado. A criação de espaços privados, nele compreendidos, as tratativas negociais contratuais, somente é possível mediante a obediência a norma cogente, especialmente, nas áreas do direito empresarial, civil, do trabalho, consumidor e da concorrência (Klein, 2013). Em paralelo, não se deve pensar, a ideia de um Estado regulatório, capaz de promover políticas públicas (legislativas) hábeis, que resolvam o problema dos contratos incompletos, exatamente pela dificuldade de se aferir as contingências, e mais, na impossibilidade de se medir o comportamento humano, no cumprimento das respectivas tratativas,

³⁴⁵ O problema das informações assimétricas é um fundamento de destaque na teoria dos contratos incompletos. A doutrina estrangeira, seguida pela prescrição de Azevedo (2005), destaca dois critérios que fazem parte integrante da assimetria informacional: seleção adversa e risco moral. Pela seleção adversa, deve-se ao fato de uma parte ter o conhecimento da informação, em detrimento do desconhecimento da outra parte. Destaca-se na relação contratual, uma classificação de bens, no processo de complexidade de assimetria de informações. Os bens de procura (*commodities* – soja, petróleo), situação em que a informação obtida se dá com a mera inspeção do produto, não implicando custos de transação. Ainda, os bens de experiência (fruta, peixes, veículos), ocasião em que as informações são obtidas após a troca, ou após o consumo, implicando sinais gravosos nos custos de transação. Por sua vez, os bens de crença, um problema que além de custoso, é insolúvel, com informação difícil de ser obtida, a exemplo no abate de frangos destinados a países de origem muçulmana, e produtos politicamente corretos. A seleção adversa, portanto, é um problema que acresce relativamente os custos de transação, e a par disso, retira do mercado produtos de qualidade, de maneira que o vendedor não exprime na realidade, a qualidade fiel do produto. Para o vendedor, a transação é viável, se o valor recebido for maior ou igual que o valor o bem. O comprador, sem condições de avaliar a qualidade do bem, fica inerte ao critério valor/qualidade. Portanto, pela seleção adversa, o consumidor, ignorante à qualidade do bem, aceita pagar um valor correspondente a qualidade que ele espera, que, por definição e praticidade, é inferior a um bem de alta qualidade (assimetria de informação). O risco moral é aplicado ao problema pós contratual, pois a parte detentora da informação privada, retira proveito em relação a outra parte, pela informação oculta (informação relevante adquirida e mantida por uma das partes), e ação oculta, em que a informação especificada no contrato, não é seguida por uma das partes (AZEVEDO, 2005, Op. cit., p. 122/124).

movidos pelos intitulados oportunismos e racionalidade limitada. A prática está, em fomentar as relações contratuais em sua conjuntura, utilizando-se de formalidades legais cogentes para coibir abusos na seara privada, e ao mesmo tempo, imprimir uma organização privada capaz de promover a redução dos custos de transação, garantindo uma forma de economia legítima e equilibrada aos envolvidos (Klein, 2013, p. 99).

Como complemento, além da incerteza e riscos³⁴⁶, a especificidade de ativos é um ponto relevante de análise nas relações econômicas, pois o custo da transação econômica acresce sobremaneira. Um ativo é considerado específico, quando as partes dependem de suas contrapartes, para obter os ganhos que mensuram previamente, em razão da realização do investimento (Azevedo, 2005). Trata-se aqui, de uma relação de dependência econômica, sendo a especificidade dos ativos, a cereja do bolo na configuração da respectiva relação entre as partes (Azevedo, 2005, p. 127).

A especificidade dos ativos se torna pertinente em uma relação econômica por diversas razões. Uma delas, pelo atributo físico em relação ao produto ou equipamento utilizado na produção, relevante apenas para uma contraparte, intitulado especificidade física. Destaca-se, a exemplo, os componentes de um automóvel, fabricados por uma empresa de autopeças, que foram desenvolvidos de forma específica para um grupo (mesmo modelo) de uma mesma montadora, perdendo respectivo valor, se comercializado com outras empresas/montadoras. Outra razão relevante se deve ao tempo necessário para encontrar e negociar com um segundo contratante (custo relevante), com a possibilidade de perdas decorrentes do perecimento ou da própria inatividade dos ativos (especificidade temporal). Especificam-se os ativos ainda, em razão da transação a ser efetuada decorrentes dos custos de frete, quando adicionais na transação com uma contraparte localizada a distância longa (especificidade locacional). Por fim, derivar a especificidade de um ativo pelo componente - capital humano, ou seja, capacitações e aprendizado incorporados às pessoas (especificidade humana), ou de um investimento realizado com a única finalidade de atender à demanda de uma contraparte (ativos dedicados)³⁴⁷ (Azevedo, 2005, p.

³⁴⁶ A natureza insere os seres humanos em uma condição de mudanças imprevistas, que alteram toda e qualquer previsão, de forma a criação de adaptações para novas maneiras de fazer. Essa incerteza ou ignorância relativa a situações do dia-dia que afetam nossas vidas (elemento surpresa) são situações que não se afastam da condição humana. O emigrante sabe se vai adquirir ascensão em sua vida no novo país? O cientista sabe se vai obter êxito em sua pesquisa? O comerciante tem conhecimento da eficácia de seu produto criado ao consumidor futuro? A resposta é negativa, de forma que as pessoas correm riscos, de forma que a incerteza e perturbação fazem parte integrante da vida. (MACKAAY, E; ROUSSEAU, 2020, Op. Cit., p. 39-40).

³⁴⁷ No presente caso, a especificidade de ativos de capital humano, bem como de ativos

127).

Dita especificidade, portanto, implica de forma relevante na criação e no cumprimento de uma relação contratual. A contraprestação da atividade contratual (retorno), é fruto de uma ação cooperativa das partes, detentoras dos respectivos ativos específicos. Nesse raciocínio, é pouco provável, a correta identificação *a priori*, em relação a porção do retorno da atividade econômica que cabe a cada parte. O que ocorre na prática, é um lucro conjunto, fruto de práticas compartilhadas, futuramente dividido entre os membros desta coletividade por alguma regra ou política de participação de lucros (Azevedo, 2005, p. 127-128).

Tal premissa, torna a dependência econômica, um fator de grande potência na redução dos custos de transação, uma vez que, a tendência em situação contrária, são renegociações futuramente complexas, em consequente perdas impostas pela contraparte. Estas negociações complexas, na ausência de proteção contratual ao comportamento oportunista, as partes preferem comprometer-se com ativos de uso geral (não específicos). Para que seja possível realizar os ganhos decorrentes do uso de ativos específicos, frequentemente maiores que aqueles gerados por ativos de uso geral, é necessário antever no contrato, situações que assegurem a apropriação do retorno desses ativos e reduza os possíveis custos derivados da dependência econômica das partes (Azevedo, 2005, p. 128).

Respectiva dependência econômica torna-se um problema na prática, pelo simples fato de que as partes não conseguem antecipar todas as situações possíveis decorrentes da elaboração contratual e incorporá-las nos termos (contingências). Isso provoca a conclusão de que os contratos são incompletos, apresentando disposições vazias (genéricas), que permitem a introdução de custos derivados da dependência econômica. Dada a impossibilidade de confecção de um contrato completo, devem as partes contratantes, alinhar instrumentos formais para tratar com as futuras contingências (Azevedo, 2005, p. 128).

A partir desses propósitos de impossibilidade de se antever a totalidade de problemas futuros, decorrentes dos contratos complexos³⁴⁸, a exemplo, nos contratos complexos como é o caso do

dedicados nos contratos de franquia, situações contratuais, que dada a especificidade de seus ativos nos contratos complexos, implicam de forma relevante, no aumento dos custos de transação, e que provocam a fiel observância das cláusulas contratuais, no entanto, a uma futura hipótese de descumprimento das relações contratuais, fruto de assimetrias informacionais.

³⁴⁸ A completude dos contratos (contratos perfeitos), é retratada por Cooter e Ulen (2000, p. 206, tradução nossa), ao fazer menção que toda contingência é antecipada, de forma que qualquer risco associado é antecipado, com informações completas repassadas pelas partes, ao ponto dos termos do contrato, esgotarem as possibilidades de ganhos

contrato de franquia, dada a natureza do caráter oportunista, de racionalidade limitada imposta ao comportamento humano, defende-se, portanto, a aplicação de uma cláusula prévia, de aplicação da negociação, na modalidade da negociação colaborativa, de natureza suspensiva ao acesso à justiça.

Na hipótese de eventuais conflitos instaurados, decorrentes de contingências, movidas pelo movimento de contratos complexos a longo prazo, seja pela ação humana (oportunismo, racionalidade limitada), seja por questões indiretas provocadas por movimentos políticos, econômicos, e até mesmo de política sanitária (a exemplo, o COVID-19), o processo negocial colaborativo, em suas reuniões de quatro vias, com a possibilidade de presença de equipes multidisciplinares, permitirá a manutenção da cadeia produtiva da empresa franqueada, em automática manutenção da relação contratual com a franqueadora, evitando os dissabores da resposta da solução adjudicada imposta pela heterocomposição (decisão judicial ou arbitral).

Nesse contexto, é o que se pretende abordar nas próximas linhas, como forma de estabelecer uma interface entre a negociação colaborativa, utilizando-a como técnica pré-processual (cláusula contratual) em contratos de franquia, sob uma perspectiva da análise econômica do direito, notadamente pela concepção teórica da economia dos custos de transação nos contratos incompletos.

4.4 | PREMISSAS TEÓRICAS DOS CONTRATOS INCOMPLETOS: UMA PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO AOS CONTRATOS DE FRANQUIA COMO JUSTIFICATIVA DE APLICAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA

De todos os argumentos apresentados, é preciso deixar clarividente, que o contrato de franquia é defendido na presente tese como contrato de colaboração, complexo, de formato híbrido (sob o viés da análise econômica do direito), uma vez que, em que pese a tentativa da norma cogente, em criar disposições hábeis a formatá-lo como completo (circular de oferta de franquia), as situações do dia-dia, e a natureza temporal do contrato (a longo prazo), o tornam por

mútuos. Por outro lado, criam-se os contratos incompletos ou imperfeitos, fruto de alguns obstáculos que os tornam ineficientes. Citam-se, a repercussão, discriminada pela expressão externalidades. A informação, representada pela malícia, como forma de obter benefício individual, ou na hipótese de ocultação da informação em prol da redução dos custos de transação (COOTER, R.; ULEN, T. **Law and Economics**. 3rd ed. New York: Addison Wesley Longman, Inc, 2000).

muitas vezes incompleto.

A partir da incompletude³⁴⁹ dos contratos a longo prazo, notadamente ao caso em espécie nos contratos de franquia, vitimados pelo oportunismo e a racionalidade limitada, como premissas subjetivas já apreciadas pela Nova Economia Institucional de Oliver Williamson, torna-se indispensável uma procura de instrumentos ou técnicas favoráveis, para se minimizarem os prejuízos decorrentes da incompletude de cláusulas contratuais, movidas pela contingência que fatalmente se aplicam na execução dos contratos³⁵⁰.

Importante analisar, na medida em que as relações contratuais se prolongam, o direito contratual concede menos atenção às promessas, e, portanto, passa a se preocupar na facilitação de relacionamentos (Cooter; Ulen, 2000, p. 220, tradução nossa)³⁵¹. Trata-se de uma preocupação primordial na tentativa de manutenção das tratativas, a partir da prioridade e anseios das partes, para que de forma secundária, as disposições contratuais sejam mantidas em seus termos formais. Uma opção de flexibilizar a formalidade contratual, para melhor atender as perspectivas práticas da relação contratual.

A própria dogmática clássica econômica, é propensa na

³⁴⁹ O contrato incompleto pela via da análise econômica do direito, constitui instrumento viável para a redução dos custos de transação, buscando contornar a ideia da racionalidade limitada dos contratantes, permitindo o alcance de solução eficiente nos contratos lacunosos, que não disciplinam todas as possíveis contingências. Em razão disso, o contrato incompleto deixa em aberto lacunas que poderão ser preenchidas, pelas partes, por terceiro ou por fatores externos ao contrato. Se concretizam a partir de contratos de execução continuada ou diferida, como um mecanismo de gestão negativa do risco econômico de complexas operações econômicas, que se desenvolvem em um contexto de incerteza e se protraem no tempo (Bandeira, 2014, p. 55-56) (BANDEIRA, P. G. *Contrato Incompleto*, 255 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9295/1/Paula%20Greco%20Bandeira%20_FINAL.pdf. Acesso em 01 jul. 2024).

³⁵⁰ A doutrina clássica, nos dizeres de Roppo (2009, p. 305/309) enfatiza o contrato societário como hipótese de instituição contratual complexa, que absorve o próprio contrato, ao qualificar em uma hipótese de contrato estipulado entre vários sujeitos, e que, as suas disposições não esgotam a função de constituir e regular as relações jurídicas e patrimoniais entre os sujeitos, realizando uma função ampla em relação ao aspecto exterior, qual seja, “(...) a função de dar vida directamente a uma *complexa organização de homens e meios*, que adquire uma *objetividade autónoma* em relação ao contrato e às relações contratuais de que emerge, e que, por assim dizer transcende”. Tal situação, permite concluir pelos propósitos do autor, que o contrato não permite configurar-se como rei das vontades individuais, mas um instrumento capaz de atingir a estabilidade ao máximo a estabilidade e continuidade das relações contratuais (relações econômicas), em um correto dinamismo de funcionamento das economias de massa (ROOPPO, E. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009).

³⁵¹ Nesse sentido, a tradução literal do texto: “(...) *As the time perspective lengthens, contract law becomes less concerned with enforcing promises and more concerned with facilitating relationships* (Ibid, Cooter; Ulen, 2000, p. 220).

aplicação das formas consensuais de solução de conflitos, com o fito de se evitar a solução adjudicada, como resultado perigoso para o processo de manutenção da atividade produtiva contratual. Cita-se em determinadas situações, a submissão de discussões contratuais comerciais ao crivo do Judiciário, de forma que o próprio Tribunal pode reconstituir a relação, o que pode ser chamado como um estilo diferenciado de julgamento, especialmente, para relações de longo prazo (Cooter; Ulen, 2000, p. 220, tradução nossa)³⁵².

Sob uma perspectiva sociológica jurídica, conflitos instaurados na seara empresarial se assemelham e muito a divórcios do que propriamente dito a conflitos decorrentes de relações comerciais, de compra e venda entre outros (Cooter; Ulen, 2000, p. 221, tradução nossa). A par deste raciocínio, busca-se defender a tese da advocacia colaborativa, técnica já apresentada em capítulo anterior, comumente utilizada nos conflitos decorrentes das relações familiares, em especial, nos conflitos dos processos de dissolução de matrimônio.

Nesse raciocínio, compreender que em grande parte, as empresas nacionais, notadamente, as empresas de pequeno porte e micro empresas, são constituídas e desenvolvidas por grupos familiares, é fazer entender que a resolução de disputas (as comerciais), são acima de tudo, relações humanas, de comportamentos, e que devem ser facilitadas por procedimentos distintos ao da solução judicial representada pela sentença. O problema é melhor resolvido, quando existente a escuta ativa, a concentração específica nos problemas e não nas pessoas, de forma que a partir de técnicas específicas, especialmente na negociação pelo método colaborativo, todos os envolvidos possam prevalecer favoráveis em detrimento do êxito unilateral³⁵³.

Portanto, em matéria de contratos incompletos, a exemplo nas relações contratuais comerciais a longo prazo (contratos de franquia), situações não exclusivas a tipicidades contratuais, mas aplicáveis a

³⁵² Para ilustração, a expressão literal do texto: “(...) *When the parties to an enduring relationship become entangled in a legal dispute, the court may try to repair the relationship. Repairing the relationship is different from enforcing the rights of the parties. Consequently, the courts sometimes adopt a different style of adjudication for long-run relationships than for one-short transactions* (Ibid, Cooter; Ulen, 2000, p. 220).

³⁵³ A partir do raciocínio apresentado, Cooter e Ulen (2000, p. 221, tradução nossa) desenvolvem o exemplo do contrato de franquia, ao propor que se um fraqueador e um fraqueado submetem um conflito contratual ao Judiciário, o Juiz-Tribunal, pode inicialmente se recusar a decidir pelo direito, e, a par disso, pode considerar que as partes tem o dever de negociarem de boa-fé no intuito de solução do conflito proposto. Respectivo exemplo, torna ilustrativo, que a resolução de conflitos alternativa é centrada nos processos e não nos resultados. Trata-se aqui, de uma defesa em prol do Estado, na figura do Poder-Juiz, como protagonista na aplicação da resolução alternativa de disputas, como medida em prol da dignidade humana das partes vinculadas ao processo, tratando como prioridade, o conflito e as pessoas, em detrimento de um simples resultado representado pela sentença (Ibid, Cooter; Ulen, 2000, p. 221).

toda e qualquer relação contratual entre empresas, no processo de negociação é comum que se delibere sem que se tenha custos elevados de transação nas tratativas. Portanto, nos contratos incompletos, ao impor obrigação não contratada previamente, tal situação pode implicar na neutralização de um risco, afinal as lacunas não são um defeito do negócio jurídico, mas características inerentes dos pactos negociais (Forgioni, 2015, p. 232). Nesse contexto, sem que ocorra ofensa ao princípio clássico do *pacta sunt servanda*, visando a utilização de instrumentos alternativos de solução de conflitos, problemas que poderão surgir durante a execução do contrato, restam-se colmatados por um terceiro, ou pelas partes (Forgioni, 2015, p. 233)³⁵⁴.

É preciso esclarecer que não se está diante de cláusulas puramente potestativas, situação vedada pela legislação civil, nos termos do artigo 122³⁵⁵, pois a estipulação de cláusula negocial suspensiva de acesso à Justiça em contratos de franquia, especialmente, na aplicação da advocacia colaborativa, é vontade comum das partes (Forgioni, 2015, p. 234), exatamente pela observância aos princípios da autonomia da vontade, liberdade contratual e do autorregramento, já defendidos em tópicos propedêuticos da presente. Trata-se no presente caso, de entabular pelo esforço mútuo das partes, uma condição prévia negocial, em busca do êxito do empreendimento comum, representado pela função econômica como pressuposto da comunhão de esforços, para efeito de se dirimir contingências decorrentes dos contratos incompletos a longo prazo (Forgioni, 2015, p. 234)³⁵⁶.

³⁵⁴ Para Forgioni (2015), a exemplo, as lacunas a serem preenchidas, permite a aplicação de uma função econômica importante no contrato entabulado, revelando-se indispensáveis para o sucesso do empreendimento comum. “(...) A cláusula de estoque mínimo, mediante a qual se atribui ao fornecedor a faculdade de, durante a vida do contrato, estabelecer ou alterar a quantidade de bens que o distribuidor deverá manter em estoque. A função econômica dessa estipulação relaciona-se ao bom atendimento ao consumidor; se não encontrar o produto no estabelecimento do distribuidor, poderá dirigir-se àquele do concorrente” (Forgioni, 2015, p. 234) (FORGIONI, P. A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 45/2015, p. 229-244. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7933326/mod_resource/content/1/16.2%20Forgioni.pdf. Acesso em 09 jul. 2024).

³⁵⁵ Do exposto, a disposição legal prevista pelo Código Civil: “(...) Art. 122. São licitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes” (Ibid, Brasil, 2002).

³⁵⁶ Para Forgioni (2015), há a possibilidade de se colmatar lacunas contratuais, inobstante atribuições de deveres unilaterais a uma das partes, justamente pela ideia de objetivação da função econômica das partes, para efeito de equilíbrio da promessa contratual, a ponto de caracterizar a vedação do oportunismo disfuncional, de forma que “(...) o exercício do poder conferido a uma das partes deve ocorrer dentro dos limites impostos pela boa-fé e, consequentemente, da função econômica dele esperada (FORGIONI, 2015, Op. Cit., p. 234-235).

O propósito da incompletude contratual, é reforçado pela dogmática, quando da menção dos contratos empresariais a longo prazo, caracterizados como contratos híbridos³⁵⁷. A força contratual de contratos complexos, ao presente caso, os contratos empresariais (contrato de franquia)³⁵⁸, se fragmentam em operações diversificadas por vários contextos, a exemplo: uma transação econômica vinculada a lógica intrínseca da economia, que altera a situação de mercado; um ato vinculado a lógica intrínseca do contexto social relevante (medicina, mídia, ciência, arte tecnologia etc...); um ato jurídico, com a lógica intrínseca da Lei (Teubner, 2006). No presente caso, o contrato está vinculado a economia (transação econômica), ao direito (jurídico), e a produção (ato produtivo social), um contrato único, que até então, qualificado pelo caráter sinalagmático e individual, se fragmenta em uma multiplicidade de operações, tipificado pela transação (negócio), obrigação (Lei) e produção (social), e pelo último, a natureza interdiscursiva³⁵⁹ (na relação interdependente de seus fatores)

³⁵⁷ A lacuna contratual, integrante nos contratos empresariais complexos de longa duração, denominada de hibridização por Teubner (1991, p. 51, tradução nossa), faz do contrato, motivo de consequentes transformações na sua execução, não se tratando tão somente de uma figura pautada pelo caráter sinalagmático/consensual, mas por uma fragmentação social, disposta por aspectos jurídicos, sociais e de produção, uma relação bipessoal (bilateral) em uma metamorfose de uma relação policontextual, embora de consenso, tipicamente impessoal (TEUBNER, G. In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 7, p. 51-71, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893146. Acesso em 01 jul. 2024).

³⁵⁸ Há uma dupla atribuição na ideologia dos contratos híbridos emergentes, no formato de dupla constituição do arranjo institucional. A partir de acordos contratuais ou organizacionais, o passo decisivo, é a produção de uma dupla atribuição social de ações (atos contratuais e atos organizacionais), de maneira que, cada evento comunicativo no contrato híbrido, se constitui a uma das partes autônomas do contrato, e, também, à organização como um todo. (...) Meu consumo de um hambúrguer suculento é acompanhado por essa espécie de duplo ato mágico: a transação do franqueado na autoestrada (partes autônomas) e a do MacDonald's (organização) (Hutter, Teubner, 1993, p. 711). Nesse sentido, a tradução literal do texto: (...) *It is the dual constitution of the institutional arrangement that constitutes hybrids as an emergent phenomenon. Starting from contractual or organizational arrangements, the decisive step is to produce a new type of elementary act. A "hybrid operation emerges from the twofold social attribution of actions: every ommunicative event in the hybrid is attributed to one of the autonomous parties to the contract and, simultaneously, to the organization as a whole. My consumption of a juicy hamburger is accompanied by this sort of magical double act: the transaction of the franchisee at the motorway and that of MacDonald's* (HUTTER, M.; TEUBNER, G. The Parasitic Role of Hybrids, **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, v. 149, p. 706-715, 1993. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40751654>. Acesso em: 10 jul. 2024).

³⁵⁹ Para Teubner (1991, p. 52-53, tradução nossa), essa relação interdiscursiva formata a desintegração contemporânea da unidade contratual, em um contrato legalizado, economizado e socializado, ao ponto da desconstrução do contrato unitário (contrato de franquia, por exemplo), em um processo multidimensional, cuja unidade está apenas na reunião dos processos econômicos, sociais e jurídicos, caracterizando a natureza híbrida, nas diferenças inevitáveis hermenêuticas de diferentes contextos sociais em que se encontra fixado o contrato individual. Não se trata de predominância, mas de

(Teubner, 2006, p. 52, tradução nossa).

Contudo, dada a incompletude que lhe é inerente no sistema, o contrato empresarial complexo a longo prazo, é “(...) um nada no espaço escuro dentre os sistemas. Encontra-se no ponto cego da distinção entre sistema e ambiente” (Teubner, 2006, p. 56, tradução nossa). Assim, “(...) em uma dança invisível de adaptação mútua, uma coordenação secreta de consentimento, uma relação grandiosa de acoplamento estrutural” (Teubner, 2006, p. 56, tradução nossa), o contrato enquanto significado individual, “(...) desaparece no buraco negro das compatibilidades, sincronizações, ressonâncias, processos co-evolutivos” (Teubner, 2006, p. 56, tradução nossa)³⁶⁰.

O contrato, portanto, movido por individualidades de natureza social, econômica, e produtiva, se espalha em variados sistemas funcionais (organizações, interações e consciências), o que justifica a existência de pontos cegos, a falha na construção, a consciência violenta da completude contratual no início, na metamorfose de uma suposta falha, para a vantagem de tornar o contrato incompleto, renunciando a completude (perfeição), uma latência ocular, capaz de permitir, através da lacuna interdiscursiva, a reconstrução das disposições contratuais durante a sua execução (Teubner, 2006, p. 57, tradução nossa)³⁶¹.

Com efeito, por aplicação específica, os sistemas de franquia são classificados por Teubner (1991, p. 105, tradução nossa) como

conversa interdisciplinar entre custos de transação, normas jurídicas e padrões de produção, a entrada de um sistema perfurando de forma harmônica o outro sistema (Ibid., 2006, p. 52-53).

³⁶⁰ Nesse sentido, a tradução nossa: “(...) uma dança invisível de adaptação mútua, uma coordenação secreta de consentimento, uma relação grandiosa de acoplamento estrutural de uma multiplicidade de sistemas de processamento de significado. (...) “Como tal”, porém, o contrato é um nada no espaço escuro entre os sistemas. Encontra-se sempre no ponto cego da distinção entre sistema e ambiente”. Ainda, a expressão no seu sentido literal: “(...) *an invisible dance of mutual adaptation, a secret coordination of consente, a grandiose relation of structural coupling of a multiplicity of meaning-processing systems. (...) The contract's Unity (of meaning), however couched, disappears in the black hole compatibilies, syncronizations, resonances, co-evolutionary processes. "As such," however, the contract is a nothingness in the dark space between the systems. It always lies at the blind spot of the distinction between system and environment*” (Ibid., 2006, p. 57).

³⁶¹ Nesse sentido, o contrato transforma-se para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização de cada época, e, adaptando-se transmudando-se as rotineiras modificações sociais, exerce “(...) a tradicional função fundamental, no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica”. Complementa em clássica descrição doutrinária, que as transformações das disposições contratuais não contrariam, mas tornam secundárias em relação ao princípio da autonomia privada, não como sinônimo da autonomia individual, mas expressão jurídica e de legitimação da liberdade econômica, da liberdade de persecução do lucro, no modo de atuar de acordo com as tendências do mercado da época contratual confeccionada e executada (ROPPÓ, 2009, Op. cit., p. 310-311).

estruturas híbridas entre o sistema de mercado e hierarquia. Nesse contexto, por um lado, os contratos de franquia operam como sistemas de distribuição organizados, com organização hierárquica e corporativa. Noutra vertente, assumem a forma de contratos individuais inofensivos entre pontos de vendas (franqueados) e uma sede central (franqueador). Portanto, manifestam-se mais como um negócio integrado, do que propriamente um conjunto de empresas independentes. Trata-se por uma expressão errônea, caracterizar o contrato de franquia como unidades autônomas, uma vez que, há uma coordenação interna bem estruturada, com reflexos externos de unidade empresarial, uma unidade de marketing, uma unidade de imagem (Teubner, 1991, p. 112, tradução nossa).

Caracterizar a franquia como figura meramente contratual, ou tão somente, como uma organização é tarefa difícil de empreender. É um misto de relação contratual com organização, um contrato híbrido capaz de envolver os elementos favoráveis da relação contratual e de uma organização, habitualmente classificados como *sui generis*, regidos para além dos deveres da lealdade, comuns aos contratos de longa duração (Teubner, 1991, p. 115, tradução nossa).

A proposta da natureza híbrida nos contratos de franquia vai além da natureza mista entre contrato e organização, quando Teubner (1991, p. 118 tradução nossa) qualifica o contrato de franquia como uma organização em rede, um sistema particular de distribuição bem coordenado. A teoria organizacional tratou de forma acurada sob este tipo de atividade, nominando-os como conjuntos organizacionais ou relações inter organizacionais (relações entre organizações pautadas na coordenação).

A rede, portanto, se personifica como uma ordem de cooperação descentralizada e organizada entre atores autônomos, formas flexíveis de cooperação, que não possuem a mesma formalidade rígida que as organizações, porém, com matrizes complexas de relacionamentos entre empresas, o que pode ser visto como arranjos híbridos, modelo já conceituado por Oliver Williamson em escritos anteriores (Teubner, 1991, p. 119, tradução nossa). O contrato de franquia, como acordo híbrido, encontra-se num ponto limiar entre o mercado e a organização, resultantes de cálculos concretos de custos de transação em relação aos proprietários dos recursos em discussão (Teubner, 1991, tradução nossa). Contudo, em evolução a natureza híbrida dos contratos de franquia, as redes não devem ser vistas como instituições entre o contrato e a organização, mas como instituições além do contrato e das organizações, de maneira que, seus arranjos devem estar delimitados firmemente (Teubner, 1991, p. 119, tradução

nossa)³⁶².

Parece a princípio uma figura abstrata tratar o contrato de franquia como estruturas de rede, contudo, plenamente aplicável a ideia da solidariedade aplicada aos contratos. o contrato de franquia, apesar da penumbra aplicável no momento de execução de seus efeitos contratuais, não poderia ser qualificado tão exclusivamente como contratuais, muito menos como organização de forma específica (Teubner, 1991, p. 124, tradução nossa). Acredita-se que o sistema de franquia, é uma forma dialética de elementos contratuais e organizacionais, com orientação de comportamentos individuais e coletivos, com objetivos individuais e comuns (Teubner, 1991, p. 124, tradução nossa).

Essa natureza cinzenta das relações empresariais, faz do contrato de franquia, além da figura instantânea de efeitos, uma natureza que protriá para efeitos futuros, ao dar ênfase não somente a questões pontuais, passando a dar destaque em instrumentos de planejamento a longo prazo, provocando a criação de cláusulas gerais abertas, para serem negociadas e colmatadas, decorrentes das lacunas geradas pela evolução das práticas comerciais rotineiras, buscando atender os primados da boa-fé objetiva, a equidade e o fim social dos contratos (Carvalho, 2016, p. 201).

Em destaque, fala-se de forma complementar, da adoção doutrinária da espécie dos contratos relacionais, visto sob a concepção originária de Macneil e Macaulay³⁶³ de que os contratos clássicos não

³⁶² A visão para além do contrato e das organizações, é tratar o contrato de franquia como redes, sob uma perspectiva dupla de ação, sob o ponto de vista econômico, em que as transações tem como objetivo o lucro da rede e o lucro individual das unidades, e, sob o ponto de vista jurídico, na coexistência simultânea de objetivos individuais (das unidades) e comuns (das redes e unidades) no mesmo arranjo institucional. Tanto o aspecto econômico quanto o jurídico através do comportamento de seus agentes, é orientado de forma coordenada para o objetivo comum, das redes em matéria coordenada e organizada, e, dos atores individuais de forma contratualmente, assim sucessivamente (Teubner, 1991, p. 124) (TEUBNER, G. Beyond Contract and Organization? The External Liability of Franchising Systems in German Law. *Franchising and the law: theoretical and comparative approaches in europe and the united states*, Christian Joerges, ed., Baden-Baden, p. 105-132, 1991. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896501. Acesso em: 01 jul. 2024).

³⁶³ Para Schunck (2013, p. 34-35), Ian Macneil e Stewart Macaulay desenvolveram a tese dos contratos relacionais, ao propor que a teoria clássica já não era suficiente para interpretar contratos e resolver conflitos oriundos das disposições instantâneas, dividindo como classificação, os contratos em descontínuos (instantâneos), cumpridos de forma imediata, e os contratos relacionais, feitos para serem cumpridos a longo prazo, exigindo um dever de cooperação de forma intensa entre as partes, traçando a boa-fé como papel de destaque para assegurar a colaboração recíproca dos contratantes (SCHUNCK, G. B. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. 239 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde->

passavam de no máximo, “um conjunto pequeno e residual de negócios contratuais: as transações descontínuas (na expressão de Macneil) entre estranhos” (Gordon, 2007). Para a visão dos autores clássicos, a natureza do contrato relacional é visto como um casamento constituído, e não somente como um encontro casual entre amantes, ao ponto de que as convenções não se tornam imutáveis no plano das tratativas formais, considerando indispensável, a presença futura de eventuais contingências, que poderão ocasionar consequências negativas, culminando o dever das partes, em tratar de forma equitativa a revisão das situações contratuais inicialmente avençadas (Gordon, 2007, p. 190-191)³⁶⁴.

Tratar as relações convencionais, com a preocupação das partes na união de esforços “ao largo do processo de cumprimento contratual” (Aguiar Jr., 2011, p. 98), é mais do que tratar as convenções com respeito e identidade das partes e poderes de autonomia privada. É buscar no curso da execução do cumprimento contratual, um espaço indispensável para a “(...) atuação dos princípios da boa-fé, equidade e fim social do contrato” (Aguiar Jr., 2011, p. 98).

Ao contrário do que se possa parecer, a proposta que se defende na presente tese, é a de tratar o contrato de franquia, em que pese as respectivas cláusulas fechadas, a exemplo, na circular de oferta de franquia, uma hipótese de contrato de longo prazo de execução, de

28032014-144357/publico/Giuliana_Bonanno_Schunck.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024).

³⁶⁴ Para a doutrina latino-americana, em posição similar e tratando com importância o tema, para os efeitos da análise econômica do direito nos contratos empresariais, reporta as origens dos contratos relacionais ao direito anglo-saxão, a vínculos entre pessoas em longa duração ou por redes contratuais. A Teoria dos contratos, portanto, deve se adaptar para as relações flexíveis que unem as empresas na economia contemporânea, considerando que as relações empresariais se desenvolvem em uma perspectiva futura. A teoria clássica vislumbra o contrato como instantâneo (descontínuo), com objetos delimitados no presente, ao passo que, no contexto atual, o contrato é dotado de um objeto vazio, ao ponto das partes se preocuparem com procedimentos em que as unirão ao longo do processo de execução do contrato. Os vínculos de longa duração contratual tem natureza processual, uma vez que, o objeto da prestação se desenvolve num fazer dado, determinado, que no decorrer de sua execução, se torna determinável (Lorenzetti, 1999, p. 50-51). Nesse sentido, a expressão literal do autor: “(...) los vínculos de larga duración y las redes contractuales. La teoría contractual debe modificarse para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economía actual y tener en cuenta que estos vínculos se hacen con perspectiva de futuro. La teoría clásica contempla al contrato como algo aislado y discontinuo, con un objeto definido que hace “presente” lo que las partes harán en el futuro. (...) El contrato actual, en cambio, presenta un objeto vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable (LORENZETTI, R. L. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999).

natureza relacional (incompleto)³⁶⁵, com a necessidade de presença de cláusulas gerais.

Em primeira hipótese, franqueador e franqueado, ao entabular tratativas comerciais, buscam a partir de uma relação de confiança, a continuidade por um período indeterminado, a longo prazo na atividade empresarial, uma relação baseada na cooperação, própria da natureza jurídica do contrato de franquia (contrato de colaboração).

A partir disso, embora a necessária presença de cláusulas específicas, através da discriminação em Circular de Oferta de Franquia, seja pela forma de concessão da marca, fornecimento de produtos, forma da prestação de serviços (treinamentos de funcionários), liberação das técnicas de software pela Franqueadora em favor da Franqueada, por certo, há de existir em um momento, contingências inevitáveis em toda relação³⁶⁶. Contingências em contratos fechados, implicará por certo, na solução proposta pela resposta adjudicada, circunstâncias que em sua grande maioria, trazem respostas não equilibradas às partes, pois uma delas, sofrerá o peso da resposta do Estado. Por sua vez, em contratos com cláusulas abertas, a exemplo, na aplicação da cláusula negocial (negociação colaborativa – advocacia colaborativa), em contratos como o de franquia, com efeito suspensivo ao acesso à Justiça, permitirá de forma ampla e genérica, a discussão do conflito, da forma como ele realmente deva ser explorado, a partir do enfrentamento das partes e de seus advogados, os principais convededores das origens dos problemas reais e subjetivos.

A ideia de negociação colaborativa em contratos de franquia, atende aos propósitos da cooperação entre as partes, representado por vínculos múltiplos entre franqueador e franqueado embasados na confiança entre os contratantes, em vias de proporcionar uma

³⁶⁵ Para a doutrina civilista nacional (Pinheiro; Saddi, 2005, p. 117/119), é quase impossível prever acontecimentos futuros entre os seres humanos, e, respectivas lacunas serão preenchidas *ex post*. Nesse sentido, é possível alocar o risco, com a criação de mecanismos de incentivos em prol da eficiência. O sistema de legislação civil atual prevê como esgotamento das lacunas nos contratos, a aplicação da teoria da imprevisão, a onerosidade excessiva e a lesão grave, todos corolários do primado da boa-fé objetiva. Contudo, não resolvem completamente a problemática dos contratos incompletos. Ainda, que se utilize a hermenêutica contratual, os usos e costumes e a Lei para colmatar as lacunas contratuais, indispensável figuras necessárias para complementar estas hipóteses. Portanto, a incompletude dos contratos dá início a um processo mais oneroso de negociação, e que se torna mais eficiente (PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

³⁶⁶ O mesmo exemplo é citado por Pinheiro e Saddi (2005), na seguinte descrição: “(...) a relação entre franqueador e franqueado: uma circular de oferta de franquia não contempla toda as relações legais possíveis entre um e outro; não apenas as responsabilidades, os direitos e os deveres são mais amplos que o texto contratual, como também os contratos se relacionam com sua negociação e adaptação futura. E aí, os custos de aprendizado são inevitáveis” (Ibid., 2005, p. 119).

metodologia flexível em contratos que perduram pelo tempo, situação exigida pela economia atual, voltada acima de tudo, além da maximização de riquezas, na preocupação com o comportamento humano em prol de sua satisfação individual, e, principalmente social. A confiança e a cooperação nos contratos empresariais, são a essência que unificam as redes empresariais (Lorenzetti, 1999, p. 51).

Diante de tais considerações teóricas, indispensável abordar como proposta, a hipótese de aplicação da cooperação nos contratos entre os pertencentes das redes empresariais, ao caso em tela, na representação da boa-fé (confiança) entre franqueadores e franqueados, como instrumento de governança empresarial, permitindo de acordo com o referencial teórico já apresentado, a aplicação da economia dos custos de transação (negociação com redução de custos), para a fiel manutenção das parcerias contratuais, propiciando a regularidade da cadeia produtiva, o alcance fundamental da função econômica dos contratos, e a consecução da responsabilidade social das empresas.

4.5 | A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA COMO INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO: UMA PROPOSTA A PARTIR DA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

As relações contratuais nos sistemas de franquia, demonstram com clareza, a existência de flexibilidade no momento da respectiva execução de suas cláusulas. Para tanto, dada a natureza híbrida, anteriormente demonstrada, como uma hipótese de vivência solidária das unidades (franqueadas) em relação a rede principal (franqueadora), e da dependência desta perante as unidades, a natureza interinstitucional, faz de sua essência, uma composição pautada na cooperação e confiança de todos os seus envolvidos.

Exatamente pelo fato das incertezas, dos riscos inerentes a atividade empresarial, estes representados pelas contingências, faz-se necessário a presença de instrumentos tipificados por cláusulas abertas, necessárias para que conflitos futuros sejam dirimidos de forma solidária, em obediência a boa-fé, respeitando os interesses mútuos, afastando a figura do oportunismo já relatado em escritos anteriores.

Nessa perspectiva, a inclusão de uma cláusula de aplicação da técnica da negociação colaborativa (advocacia colaborativa) nos contratos de franquia, sob uma perspectiva de proposta de visualização de natureza híbrida, complexa e de longo prazo a esta

tipicidade contratual, é uma defesa plausível, para fins de solução diversa da adjudicada (resposta jurisdicional), respeitando o interesse cooperado das partes, ao ponto de considerar a cooperação, o equilíbrio na economia dos custos de transação entre as empresas, evitando-se consequências nefastas, como a quebra contratual, decisões judiciais, que como dito, são respostas positivas voltadas ao benefício de uma das partes, em detrimento da resposta negativa da outra, atendendo uma via de contramão a solidariedade.

O fato da incapacidade ou insuficiência de se antever todas as situações futuras advindas da relação contratual não pode restar configurada como a única causa que configura a aplicação da incompletude contratual. Indispensável destacar que a incompletude contratual se torne um ponto de estratégia das partes contratantes de forma intencional, trazendo às partes, no objetivo de melhor gerir o negócio, e administrar os conflitos existentes diante de determinado contexto econômico, estipular o maior número de cláusulas, ou deixá-las em aberto, para uma sucessiva determinação (Caminha; Lima, 2014, p. 164).

Nesse aspecto, a defesa da negociação colaborativa como cláusula aberta, notadamente ao caso em tela aplicável aos contratos de franquia, é proposta plenamente viável, para a discussão ampla de todo e qualquer conflito instaurado, ante o aparecimento de contingências. A negociação, em toda e qualquer hipótese, permitirá às partes, de forma transparente, buscar a autocomposição do conflito, com a redução de custos de transação, considerando que o conflito poderá em evento futuro, gerar a possibilidade de instauração de processo judicial, ou até mesmo, a malfadada quebra contratual pela rescisão.

A presente tese é reforçada pela teoria da cooperação, em especial, na análise econômica do direito, pela representação da teoria dos jogos, nos estudos do dilema do prisioneiro, em uma análise não restrita a matemáticos, mas as regras do comportamento humano em instituições, organizações, nações e indivíduos (Schunck, 2013, p. 65).

Com efeito, o questionamento magistral apresentado pela doutrina específica acerca do tema, emerge no seguinte raciocínio: em que condições a cooperação se explicita em um mundo de egoístas? Considerando a preocupação das pessoas com o seu eu, e dos seus, em que situações o indivíduo é dotado de incentivos para ser egoísta, e como a cooperação pode se desenvolver? A resposta nesse caso que cada indivíduo propõe, tem um efeito fundamental na forma como o ser humano pensa e age nas relações sociais, políticas e econômicas³⁶⁷

³⁶⁷ Nesse sentido, a expressão literal do autor: “(...) under what conditions will cooperation emerge in a world of egoists without central authority? This question has

(Axelrod, 1984, p. 3, tradução nossa).

Parte-se da ideia, portanto, de que o ato de cooperar para os propósitos de Axelrod (1984, p. 6, tradução nossa) se dá não por intervenção de uma autoridade central. A exemplo, na hipótese de cooperação entre duas nações economicamente industrializadas, em que ambas realizam a iniciativa de impor barreiras a exportação de produtos um dos outros. Na vantagem mútua das nações, conveniente que ambas realizassem a eliminação de tais restrições (cooperação), o que provocaria um ato de eficiência recíproco para ambas. Mas se a eliminação da restrição for unilateral, respectiva nação estaria se confrontando com situações comerciais que afetariam sua própria economia. O problema nesse caso, é que cada nação tem um incentivo para manter as barreiras comerciais, levando a um resultado pior do que teria ocorrido, se houvesse a cooperação entre as nações (Axelrod, 1984, p. 7, tradução nossa)³⁶⁸.

O problema é resolvido por Axelrod (1984) através da teoria dos jogos, representado pelo Dilema do Prisioneiro. Na presença de dois jogadores, cada um deles possui duas opções: delatar ou cooperar. Das hipóteses, os jogadores devem realizar suas escolhas sem que o outro saiba, de maneira que, seja o que o outro faça, delatar produz uma recompensa maior que cooperar (Axelrod, 1984, p. 8, tradução nossa). Se ambos os jogadores falham, ambos se prejudicam, caso tivessem cooperado. O jogo é representado pela figura abaixo³⁶⁹, e

intrigued people for a long time. And for good reason. We all know that people are not angels, and that they tend to look after themselves and their own first. Yet we also know that cooperation does occur and that our civilization is based upon it. But, in situations where each individual has an incentive to be selfish, how can cooperation ever develop? The answer each of us gives to this question has a fundamental effect on how we think and act in our social, political, and economic relations with others” (AXELROD, R. The Evolution of cooperation. New York: Basic Books, Inc. Publishers, 1984).

³⁶⁸ Essa problemática é representada quando a busca do interesse individual se conclui pela negatividade de resultados para todos. Para tanto, Axelrod propõe o jogo intitulado Dilema do Prisioneiro. No dilema do prisioneiro, dois indivíduos podem cooperar de forma mútua ou individualmente. A recompensa para um jogador afeta seu próprio sucesso. Não importa o que o outro faça, a opção egoísta de delatar rende uma recompensa além da cooperação. Mas se ambos delatarem, ambos sairão derrotados, em uma situação pior se tivessem cooperado. Nesse aspecto, a expressão literal do texto: “(...) *El Dilema del Prisionero es una elegante encarnación del problema de lograr una cooperación mutua, y por lo tanto provee la base para el análisis. En el Dilema del Prisionero, dos individuos pueden, cada uno de ellos, ya sea cooperar o desertar. La recompensa a un jugador afecta a su éxito reproductivo. No importa lo que el otro haga, la opción egoísta de desertar arroja una recompensa más alta que la cooperación. Pero si ambos desertan, a las dos les va peor que si ambos hubiesen cooperado* (Axelrod, 2004, p. 30) (AXELROD, R. La complejidad de la cooperación. Modelos de cooperación y colaboración basados en los agentes. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004).

³⁶⁹ A observação na figura deve ser feita para o jogador de linha (hilera) (sob uma análise horizontal, em relação ao jogador de coluna, sob uma análise vertical. A exemplo, o jogador de linha (hilera) que coopera (em análise horizontal – R = 3), e o jogador de

representa o seguinte resultado: se ambos os jogadores cooperam, ambos saem proporcionalmente satisfeitos (não na integralidade) (R como recompensa mútua – 3 pontos). Se um jogador cooperar, e outro delatar (desertar para a figura), este receberá a recompensa integral (5 pontos), em detrimento do resultado negativo daquele que coopera (0 pontos). Se ambos delatarem, a punição pela delação será mútua, e a recompensa será a mesma (1 ponto para cada) (Axelrod, 2004, p. 30, tradução nossa).

Figura 1 - O Dilema do Prisioneiro³⁷⁰CUADRO 1.1. *El Dilema del Prisionero*

		Jugador columna	
		Coopera	Deserta
Jugador hilera	Coopera	$R = 3, R = 3$ Recompensa por mutua cooperación	$B = 0, T = 5$ Réido del bobo y tentación de desertar
	Deserta	$T = 5, B = 0$ Tentación de desertar y réido del bobo	$P = 1, P = 1$ Pena por mutua deserción

Nota: Los réidos del jugador hilera están listados primero.

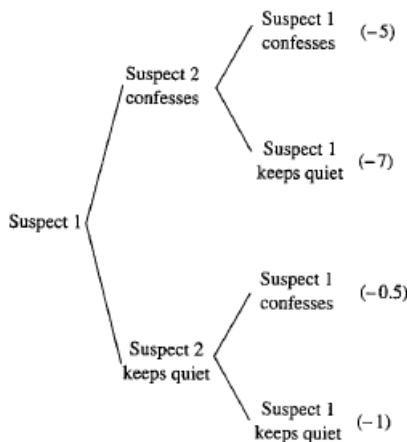
O que se observa na matriz acima estabelecida, é que o ato de cooperação representa o melhor resultado para os jogadores. A atitude mútua, inobstante a ausência de conhecimento do posicionamento do jogador oposto, implica no melhor resultado entre os jogadores.

Em complemento, para que se entenda a estratégia na teoria dos jogos, como justificativa para a realização de estratégias cooperadas em relações continuadas ou duradouras (repetitivas), apresenta-se nova matriz, representada pela figura abaixo, em atitude semelhante a anteriormente disposta, para efeito de utilização da teoria dos jogos³⁷¹:

coluna (Columna) que coopera (em análise vertical – $R = 3$), em uma análise de jogo de cooperação (Ibid., 2004, p. 30).

³⁷⁰ (Ibid., 2004, p. 30).

³⁷¹ Considere na matriz (A forma extensiva do dilema do prisioneiro), as expressões *confesses*, pela tradução confessar, e *Keeps quiet*, pelas expressões manter-se em silêncio (quieto/calado), na figura subjetiva de suspeitos (*suspect*).

Figura 2 - A forma extensiva do Dilema do Prisioneiro³⁷²***The extensive form of the prisoner's dilemma.***

Para análise da matriz de recompensas (Cooter; Ulen, 2000, p. 36, tradução nossa), visualizando uma percepção de jogo simétrico, suspeito 1 e 2 utilizarão a mesma estratégia ideal, considerando que ambos estão incomunicáveis. Considere, portanto, que o suspeito 1 realizará a estratégia ideal. A primeira análise, qual a atitude do suspeito 1, se o suspeito 2 confessar (primeira análise da matriz)? Se o suspeito 1 permanecer calado, e, por sua vez, o suspeito 2 confessar, a condenação dar-se-á em 7 anos de prisão (-7). Por outro lado, se houver a confissão de ambos, a pena será reduzida a 5 anos. Pela comparação, claramente, o ato cooperativo de confessar seria a melhor saída, levando em consideração a iniciativa de qualquer um deles (Cooter; Ulen, 2000, tradução nossa). Em contrapartida, se o suspeito 2 permanecer em silêncio? Se o suspeito 1 confessar, ele terá apenas meio ano de prisão. Em atitude contrária, se o suspeito 1 permanecer silente, em atitude cooperada com o suspeito 2, a pena será de 1 ano (Cooter; Ulen, 2000, p. 37, tradução nossa).

Para Cooter e Ulen (2000, p. 37, tradução nossa), sob a ótica de estratégia do suspeito 1, independentemente da atitude que o suspeito 2 realize, o ato de confessar implicará na melhor estratégia para a hipótese de resultado da condenação, caracterizado para a teoria dos jogos, como estratégia dominante³⁷³, o movimento ideal para um

³⁷² COOTER; ULEN, 2000, Op. cit., p. 36.

³⁷³ Para Leal (2019, p. 103), exemplo de estratégia dominante, seria a interação entre motoristas e pedestres no trânsito, na situação de jogo de exercer a precaução como estratégia dominante a ambos os atores. O regime da responsabilidade civil, que provoca imposições altamente custosas aos que infringirem o dever de precaução, é uma maneira de fortalecer o uso da precaução como estratégia dominante (LEAL, F. Consequentialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria

jogador (simétrico – sempre o mesmo), independente do que o outro faça.

Como complemento, o equilíbrio nesse jogo é que ambos confessem, de forma que não há motivo para que os jogadores mudem suas estratégias, tornando a ideia, uma simetria no processo informacional. Para a teoria econômica, especialmente na teoria dos jogos, a nomenclatura que se atribui é a Teoria de Nash³⁷⁴, “(...) na proporção de que nenhum jogador individual pode fazer a melhor atitude modificando o comportamento, desde que os outros jogadores não mudem o seu³⁷⁵ (Cooter; Ulen, 2000, p. 37, tradução nossa).

Uma questão relevante para efeito de análise da teoria dos jogos, e que se amolda ao que ora se defende, diz respeito a hipótese de utilização do dilema do prisioneiro, para jogos repetidos (Cooter; Ulen, 2000, p. 37-38, tradução nossa), situações aplicáveis de forma análoga, para a análise dos contratos (contratos relacionais, a longo prazo), circunstância em que as partes estão diariamente realizando negócios, o que tende a concluir, que as mesmas cooperem entre si (Schunck, 2013, p. 37-38).

Por suposição, leve em consideração o fato de jogadores realizarem atividades por diversas vezes. Nessa hipótese, no caso de repetição de regras, há uma probabilidade grande de que os mesmos cooperem entre si, como um incentivo para a manutenção da reputação (confiança) (Cooter; Ulen, 2000, p. 38, tradução nossa). Sob esse aspecto, é indispensável ter como premissa em jogos repetitivos, o fato do jogo realizado em um número fixo de vezes, ou de forma não definida.

Nesse sentido, para a teoria dos jogos, o melhor padrão de cooperação seria denominado olho por olho³⁷⁶, situação em que o jogador realiza o ato de cooperar no primeiro jogo, e, nos próximos jogos passa a corresponder a atitude do outro jogador³⁷⁷. Portanto, se

dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO P. R. P. (org). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019).

³⁷⁴ Respectiva ideia, pressupõe o encontro das melhores respostas mútuas, na constatação de que uma determinada estratégia de um jogador é a melhor resposta para a estratégia do outro e vice-versa. Não se trata da melhor estratégia, mas da combinação de estratégias, de forma que, o que o jogador escolher como estratégia, irá interferir na escolha do outro jogador, e, portanto, na solução do problema, ao contrário do problema originário, em que a escolha da parte, independe da escolha do outro jogador (Ibid., 2019, p. 104).

³⁷⁵ Nesse sentido, a expressão literal dos autores (Cooter; Ulen, 2000, p. 37, tradução nossa): “(...) *There is a famous concept in game theory the characterizes this equilibrium – a Nash equilibrium. In such na equilibrium, no individual player can do any better by changing his or behavior sol ong as the Other players do not change theirs*” (Cooter; Ulen, 2000, Op. Cit., p. 37).

³⁷⁶ Na expressão literal em inglês *tit for tat*.

³⁷⁷ Expressão utilizada por Axelrod (1984, p. 13-14), e interpretada por Cooter e Ulen

um jogador, após a primeira jogada delatar (não cooperar), o outro jogador também terá a mesma postura não cooperativa e assim sucessivamente (Schunck, 2013). A partir desse raciocínio, se os jogos se aplicarem em número definido, a cooperação se reduz, na medida em que ocorre a aproximação da última rodada (último jogo). Isso porque, se os jogadores sabem que o jogo terminará na rodada Y (número fixo de vezes), presume-se que a estratégia de não cooperar diminua próximo ao fim, em razão da ausência de estímulo (incentivo) quanto ao relacionamento futuro (Schunck, 2013, p. 68). Em contrapartida, nas jogadas indefinidas pode-se ocorrer o ato de cooperação, e, por analogia, nas relações contratuais, especialmente nas de longo prazo, há um interesse das partes em realizar o ato de cooperação, até para fiel execução e manutenção da relação contratual, uma vez que, não se sabe quando o jogo (relação empresarial) termina (Schunck, 2013, p. 68).

Esse ato de cooperação nas relações contratuais empresariais é aplicável ainda que ausente a figura de uma autoridade central (poder jurisdicional). Ainda que as partes recorram a autoridade central, para efeito de resolução das disputas contratuais, é comum que se utilizem da via negocial para dirimir os conflitos, em razão da proximidade das mesmas, e do mesmo modo, para a antecipação de benefícios futuros, decorrentes da continuidade de transações (Schunck, 2013, p. 69).

A partir dessa análise, reitera-se a utilização da cláusula negocial (negociação colaborativa – advocacia colaborativa), suspensiva de acesso à Justiça nos contratos de franquia, como instrumento de cooperação das partes na relação contratual aventada.

Isso porque, os contratos de franquia podem ser classificados como contratos a longo prazo e incompletos, e, portanto, mais um motivo para incluir cláusulas gerais, a exemplo, as negociais, para efeito de discussão futura de eventuais contingências que surgirão *ex post*, na execução dos contratos.

Permitir a inclusão de cláusula negocial pelo instituto da negociação colaborativa, é proporcionar as partes, uma discussão democrática e participativa, no processo de estruturação e organização da relação do conflito, como forma de fiel resolução da disputa, sem a intervenção de terceiros (poder jurisdicional, mediadores, conciliadores). Nesse aspecto, para se evitar qualquer problema de assimetria de informações, nada melhor que as partes,

(2000, p. 38, tradução nossa), ao demonstrar que no dilema do prisioneiro, em repetições indefinidas, a estratégia ótima é o olho por olho, de maneira que, se o outro jogador cooperou na última jogada, você coopera nessa mesma jogada, e, se ele não cooperou na última rodada, no olho por olho, você também não coopera (Ibid., 2000, p. 38).

conhecedoras de seus problemas e interesses diretos, para que, na respectiva técnica, possam apresentar de forma transparente e objetiva, com clareza, todas as informações pertinentes ao conflito, para a melhor forma de resolvê-lo.

A negociação do conflito pela via extrajudicial, na figura da advocacia colaborativa em contratos empresariais, permitirá a possibilidade de ampla discussão de cláusulas gerais, sem amarras de cláusulas propostas pelas partes, ou até mesmo pela norma cogente. Cláusulas gerais, especialmente na hipótese negocial, é uma via favorável para a recepção de contingências que estão por vir, fruto da evolução social e dos problemas rotineiros que surgem decorrentes da inovação e do avanço das transformações sociais.

Negociar, portanto, implicará no ato de cooperação, de maneira que as partes não se encontrem em polos opostos como competidores, mas colaboradores de uma mútua solução de disputa. Tal prática, reacende a proximidade das partes contratantes. Para o contrato de franquia, a aproximação entre franqueador e franqueado, permitindo a manutenção da cadeia produtiva entre os contratos, de forma a proporcionar a função econômica bilateral para franqueado e franqueador. Somam-se os esforços, e multiplicam-se os benefícios, quando a atitude for cooperada.

A cooperação é um ponto determinante para a redução dos custos de transação *ex ante*, pela redução de custos no desempenho ótimo de transações entre contratantes (Schunck, 2013, p. 70), tratando-se de uma convergência de interesses, maximizando benefícios dos contratantes, a convergência que “(...) têm por objetivo produzir um acordo, um resultado que seja satisfatório para ambos” (Pinheiro; Saddi, 2005, p. 127-128).

Para uma visão interdisciplinar entre o direito e a economia, o ato de negociar, sem que se submeta o conflito a intervenção estatal, é eficiente, uma vez que, provoca incentivos às partes, na manutenção da atividade produtividade, evitando a quebra contratual, e prejuízos unilaterais a parte vulnerável da cadeia contratual (franqueado). Em complemento, evidencia-se como proposta, sob uma perspectiva dos custos de transação, que o ato negocial de forma prévia ao acesso à justiça, pelas partes e advogados, no processo da advocacia colaborativa, através da cooperação (*ex post*), implica na redução dos custos de transação, notadamente, ao se evitar a entrega da solução do conflito nas mãos de terceiros (intervenção do Estado).

Conceder a entrega do conflito nas mãos da intervenção estatal, é andar na contramão da economia dos custos de transação, pelo simples fato da análise prematura dos custos de natureza econômica (custas, despesas processuais e honorários), além da ineficiência e não observação do custo-benefício, este representado pelo tempo da

solução do conflito (mitigação a duração razoável do processo), em virtude dos problemas já discutidos em tópicos preliminares, acerca da morosidade processual, e a adoção da desjudicialização como instrumento para o acesso à justiça e a duração razoável do processo³⁷⁸.

Portanto, a nova análise do contrato, não sob o aspecto clássico de acordo entre duas ou mais pessoas para efeito de transferência de direitos ou obrigações, mas de uma tratativa em que o principal ativo é a informação, o que se requer acima de tudo, é a observação de *standards* do direito, como premissa para toda e qualquer convenção entre partes (Pinheiro; Saddi, 2005, p. 127-128). Exatamente pela ideia dogmática de que o contrato enquanto concepção clássica estaria em crise³⁷⁹, torna-se indispensável o apego das partes, a máximas que não são restritas do direito, de usos e costumes, mas da moral, como é o caso da credibilidade ou confiança (Pinheiro; Saddi, 2005, p. 130), expressões vinculadas a cláusula aberta intitulada boa-fé³⁸⁰.

Em suma, uma das finalidades do contrato é a de “(...) permitir às partes transformar suas ações, de forma coordenada e em direção

³⁷⁸ Em nota, os resultados da teoria dos jogos por atos de cooperação demonstram que cooperar pode surgir de fato em um mundo de egoístas, sem intervenção de autoridade central. Portanto, a evolução da cooperação exige que os indivíduos tenham uma chance considerável de se encontrarem novamente, como condição para uma interação futura. A partir desta premissa desenvolve-se a cooperação em três estágios: a) incialmente, o desenvolvimento da cooperação não se realiza através de delações incondicionais, sequer pelo desenvolvimento de grupos dispersos de indivíduos (sem interação). Ela evolui a partir de pequenos grupos de indivíduos que baseiam a cooperação na reciprocidade, ainda que com pequenos proporções de interação um com os outros; b) de forma central, em desenvolvimento, a estratégia baseada em reciprocidades pode prosperar em um mundo onde várias estratégias se vivenciam; c) por fim, estabelecida a cooperação pela reciprocidade de indivíduos e grupos, há possibilidade de proteção do ato cooperativo diante de estratégias menos colaborativas, o que faz concluir que a engrenagem das rodas da evolução social é composta de uma catraca (processo de comunhão das engrenagens que fazem a evolução social girar em movimento circular solidário) (Axelrod, 1984, Op. Cit., p. 20-21).

³⁷⁹ A ideia disposta por Cláudia Lima Marques acerca da crise do direito dos contratos na concepção clássica, é interpretada no prefácio da obra - A Nova Crise do Contrato -, publicada pela editora Revista dos Tribunais no ano de 2007, na autoria do Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça - Rui Rosado Aguiar Júnior -, ao fazer menção de que não há propriamente uma crise nos contratos, mas de uma crise na concepção do contrato, “(...) que foi atropelada pela vida” (Aguiar Júnior, 2007, p. 2), e os propósitos de captar as mudanças decorrentes da vida contemporânea, é uma forma de lidar com o contrato, de forma a não considerá-lo em crise, mas sujeito a várias interpretações (AGUIAR JÚNIOR, R. R. A nova crise do contrato, **Revista CEJ**, v. 11, n. 38, jul./set. 2007, p. 1-2. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1016/1182>. Acesso em: 10 jul. 2024).

³⁸⁰ A credibilidade ou confiança, fruto de uma expressão intangível, característica com grande dificuldade de se auferir, mas de fácil perda, uma “(...) qualidade daquilo que se pode cre ou que se toma como verdade, implica julgamentos de confiança e segurança” (Pinheiro; Saddi, 2005, Op. cit., p. 130).

a uma situação desejada por ambas” (Pinheiro; Saddi, 2005), como uma forma de garantir o que foi previamente avençado. Nesse aspecto, sob uma visão econômica, os contratos que podem ser executados (exigidos) promovem a cooperação justamente pelo pressuposto do compromisso entre as partes, o que o torna eficiente (Pinheiro; Saddi, 2005, p. 129).

Esse compromisso, pautado pela confiança e credibilidade das partes, conduz a ideia da quebra do individualismo e uma análise mitigada da autonomia da vontade das partes³⁸¹, para uma observação mais ampla do contrato e de suas disposições, sob uma perspectiva de observância dos contratos incompletos, que se espalham na vida econômica mundana. Nesse sentido, a boa-fé objetiva³⁸² se aplica como pressuposto de incentivo, para que as partes possam agir de forma cooperada, visando fins comuns na construção e execução dos contratos, dentro da melhor eficiência possível (Schunck, 2013, p. 74).

Nesse contexto, a boa-fé objetiva encontra-se inserida como pressuposto para o ato de cooperação entre as partes na formalização contratual *ex ante*, e na respectiva execução *ex post*. O papel da boa-fé objetiva, como cláusula geral (Martins-Costa, 1999)³⁸³, no aspecto técnico legislativo se expressa como enunciado normativo em “linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluída ou vaga”, em razão do amplo campo de significado, dirigida em especial ao Juiz, para que, analisando respectivos casos concretos crie normas jurídicas concretas (Martins-Costa, 1999, p. 303).

³⁸¹ A clássica doutrina contratual proposta por Roppo (2009), vislumbra a superação do modelo clássico contratual ao propor o sentido e a dimensão real dos contratos modernos, primeiro, quando os conservadores do direito contratual clássico, negam as modificações relevantes no direito dos contratos, na falácia de mencionar que as relações contratuais de hoje são as mesmas que a do século dezenove. Ainda, como segundo ponto, a vontade dos contratantes não pode ser levada em conta de forma absoluta, por força das exigências sociais e das razões da coletividade (Roppo, 2009, Op. cit., p. 296).

³⁸² Indispensável esclarecer que a boa-fé a que se refere o presente trabalho, é a objetiva. Para esclarecimento, difere-se a boa-fé, em ramificação subjetiva e objetiva. A primeira delas, “(...) o estado de consciência ou convencimento individual de obras [a parte] em conformidade com o direito”, a intenção do sujeito na elação jurídica apresentada, a análise do estado psicológico ou íntima convicção. A objetiva, “(...) modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, de maneira que cabe a cada indivíduo, se ajustar a tipicidade da conduta descrita pela norma jurídica” (Martins-Costa, 1999, p. 411) (MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999).

³⁸³ A ideologia de cláusula geral da boa-fé, encontra-se positivada no Código Civil, na disposição do artigo 422, pela seguinte redação: “(...) Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Nesse sentido, a probidade, pela ideia de justiça e equilíbrio nas relações contratuais, e a boa-fé, cláusula geral em que se exige a transparência e clareza na elaboração das cláusulas (Rizzato, 2010, Op. Cit., p. 33).

É importante esclarecer, que a natureza jurídica da boa-fé como cláusula geral aberta, implica por parte do intérprete, para o presente caso em especial às partes contratantes, uma análise ampla de seu significado, compreendendo como dito, na observância a confiança, credibilidade e transparência de informações dos contratantes quando da confecção e execução do contrato³⁸⁴.

Portanto, a elaboração prévia das cláusulas contratuais, implica de plano uma análise aos custos de transação. Quanto maior o detalhamento das cláusulas, e impactos de eventuais riscos, proporcionalmente, maior o custo de transação. Nesse contexto, a presença de cláusulas abertas, especialmente, em contratos a longo prazo de natureza complexa, como é o caso do contrato de franquia, permitirá por certo, uma redução dos custos de transação.

Com o advento de uma cláusula de negociação colaborativa, para eventual existência de atos imprevistos (contingências) decorrentes do mercado, implica em analisar de forma precedente, que as partes desde o início, até na execução do contrato, atuem de forma cooperada para o fiel desenvolvimento do contrato. Em complemento, existente o ato de cooperação, deve-se ter em mente como pressuposto, a ideia de que as partes estão em processo de simetria informacional na fase *ex ante* e *ex post* do contrato, considerando o dever de lealdade, credibilidade e confiança recíproca, atitudes decorrentes da cláusula máxima da boa-fé objetiva.

Acreditar que o contrato quando da confecção, será irretocável na sua execução, pela natureza completa de suas disposições contratuais, especialmente no cenário econômico, político e social que se vivencia, é fazer de sua natureza, um processo falho, considerando o ímpeto das partes, no mútuo interesse de lucratividade e a função econômica, parte integrante dos contratos empresariais.

A partir desse raciocínio, a cláusula aberta de negociação colaborativa, também qualificada como hipótese de renegociação, aditivo ou qualquer menção integrativa de lacuna que queira se qualificar, é uma medida de cooperação, para efeito da redução dos custos de transação nos contratos de franquia, pois de plano, se garante a possibilidade de negociação, no intuito de se evitar o pior

³⁸⁴ Com grande peso doutrinário, Menezes Cordeiro (2013, p. 1189/1191), trabalha com a expressão boa-fé, sob uma interpretação de conceito jurídico indeterminado e como cláusula geral. Sob o primeiro ponto de vista, sob uma carência de concretização e valoração, de maneira que, por si só, não estabelece uma comunicação suficiente para solucionar casos concretos, o que implicaria certa margem de discricionariedade ao intérprete-aplicador. Sob a segunda interpretação, vista como cláusula geral, na visão originária do Código Civil alemão (BGB - § 242), em referência única a expressão boa-fé, suporta respectivo termo, a natureza de cláusula geral (Menezes Cordeiro, 2013, p. 1192) (MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. **Da boa-fé no direito civil.** 5 reimp. Comibra: Almedina, 2013).

resultado, representado pela resolução do contrato pelas partes, ou até mesmo pela via da autoridade central, representada pela decisão judicial, o que implicaria por certo.

Pode parecer uma afirmação na contramão do que se espera em um contrato, no entanto, quanto maior os detalhes expressos do contrato empresarial a longo prazo, a exemplo, o dever de responsabilidade contratual em razão de inadimplemento (imposição de cláusula penal, multas), menor a possibilidade de renegociação entre as partes, o que implica, nos dizeres da teoria econômica já citada, o aumento nos custos da transação para efeito de resolução autocompositiva e cooperada.

Os custos de transação em que as partes estão sujeitas a suportar, se deve em relação aos relacionamentos dos integrantes do sistema produtivo (exemplo – franqueador e franqueado), os custos associados a procura, negociação, monitoramento do intercâmbio econômico, este representado pelo custo de oportunidade (Pugliese; Salama, 2008). Por ilustração, toma-se em pauta a conveniência e a oportunidade das partes na celebração de um contrato, a exemplo, o acompanhamento da credibilidade das partes no cumprimento do contrato, a eficácia das proteções legais, hipóteses de inadimplemento, de forma que, quanto maior o custo do contrato, menor a participação (adesão as partes) (Pugliese; Salama, 2008, p. 19).

De forma análoga ao instituto da arbitragem em artigo proposto por Pugliese e Salama (2008, p. 19), advoga-se no mesmo sentido, nos propósitos da presente tese, que o ato de cooperar, representado pela cláusula de negociação colaborativa de forma prévia e suspensiva ao acesso à justiça nos contratos de franquia, é uma alternativa para a redução dos custos de transação entre franqueador e franqueado, em quadro comparativo com a resposta adjudicada, ou até mesmo, se comparada a figura da arbitragem.

O processo de negociação colaborativa (advocacia colaborativa), é de iniciativa das partes no processo negocial, devidamente acompanhado de seus advogados. Trata-se de uma técnica, conforme já apresentado em tópico anterior, que permite a confidencialidade e transparência de informações das partes, na realização de reuniões em quatro vias. Além da participação das partes e advogados, permite-se uma construção interdisciplinar, com a participação de profissionais das áreas sociais (contadores, administradores)³⁸⁵ e

³⁸⁵ A participação técnica é fundamental para entender os problemas de natureza contábil e administrativa da empresa, no intuito de compreender se o problema é técnico ou de natureza pessoal. Nos dizeres de Pugliese e Salama (2008, p. 20), isso pode representar uma economia para as partes, em razão da familiaridade dos profissionais técnicos com o problema proposto. Nesse sentido, deixar com que os contratos e os problemas deles decorrentes sejam analisados por especialistas da área, diminui os

humanas (psicólogos)³⁸⁶, uma vez que, está se tratando, além de bens (in)tangíveis (marca, símbolo, software, treinamentos, salas comerciais, mobília, produtos e serviços), acima de tudo com pessoas, e o caráter humano, é o fator indispensável para uma fiel negociação em que todos ganham, levando em consideração a utilização do método da negociação baseada em princípios.

De se ressaltar ainda, o tempo do processo representado pela resposta jurisdicional, pois na mesma forma que a arbitragem, o processo de negociação não perpassa por formalismos excessivos, prazos em dias úteis, manifestações (nele incluso os embargos de declaração), recursos as instâncias superiores (Pugliese; Salama, 2008, p. 20). A resposta no processo de negociação colaborativa, comporta um período de meses de duração, até porque, o grande objetivo, a exemplo nos contratos de franquia, é a manutenção da relação contratual, da cadeia produtiva. Nesse caso, o tempo é curto, e, em grande parte, a franqueada não pode interromper suas atividades, pela própria despesa fixa (aluguel, compra de insumos, produtos) que arca mensalmente, em contrapartida, das obrigações da franqueadora, com o fornecimento de suporte, entrega de produtos, dentre outras atividades que não podem parar, durante o processo da própria negociação colaborativa.

Por outro lado, nas discussões judiciais, enquanto o processo tramita, há o risco do (in)deferimento de tutela provisória, à espera de decisões recursais, que poderá implicar por certo as incertezas, o risco da relação contratual, e até mesmo, a motivação por franqueada e franqueadora, na permanência do contrato³⁸⁷.

Nesse sentido, sob o enfoque do tempo, dos custos, do auxílio técnico de profissionais interdisciplinares para a resolução da disputa,

custos das partes relativos a transação (PUGLIESE, A. C. F.; SALAMA, B. M. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor, **Revista Direito GV**, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan-jun 2008, São Paulo, Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/510df2d3-dfff-4fc0-bab7-48dd10f9f60f>. Acesso em 10 jul. 2024).

³⁸⁶ É importante recordar, conforme mencionado em argumentos anteriores, que muitas das empresas franqueadas, são titularizadas por famílias, e o instituto da negociação colaborativa (advocacia colaborativa), de origem norte americana (*collaborative law*), originou-se para tratar de conflitos decorrentes da seara do direito de família (divórcio), e, diante do sucesso suas práticas, entende-se pertinente como proposta, a aplicabilidade para o direito empresarial, notadamente na resolução de disputas nos contratos empresariais.

³⁸⁷ Para Pugliese e Salama (2008), o tempo de espera pela resposta adjudicada (decisão definitiva) gera um alto custo para as partes, que muitas vezes ficam privadas de bens ou direitos que se encontram em litígio, no decorrer dos anos que antecedem o trânsito em julgado da demanda. Enquanto o processo não se decide em definitivo, as partes arcaram com o custo de oportunidade (escolha representada pelo processo judicial), pela privação e bens e direitos discutidos em Juízo (Ibid., 2008, p. 20).

aliado a confiança, credibilidade e transparência das partes no processo de negociação, o ato de cooperação se prevalece para fins da redução dos custos de transação nos contratos de franquia, como forma prévia a qualquer resposta realizada pela decisão adjudicada. O objetivo principal já relatado em grande parte, é a manutenção das relações contratuais, como finalidade principal do atendimento da função econômica, o que por certo, eclodirá no fomento da responsabilidade social das empresas, tendo em vista o alcance de benefícios econômicos e sociais de forma endógena, projetando benefícios para fora da relação contratual entre franqueador e franqueada. É o que se pretende defender como proposta no capítulo.

5

A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA COMO CLÁUSULA LIMITATIVA PRÉVIA DE ACESSO À JURISDIÇÃO E AO PROCESSO ARBITRAL NOS CONTRATOS DE FRANQUIA: UMA PROPOSTA EM PROL DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

É cediço que não é novidade, a utilização de formas consensuais de solução de conflitos, como cláusulas contratuais prévias e limitativas de acesso à jurisdição. A legislação brasileira em 1996, com o advento da Lei de arbitragem (Lei 9.307), já estipulava a cláusula compromissória, submetendo eventuais conflitos, notadamente no direito empresarial, ao crivo da heterocomposição, pela figura do juízo arbitral (Brasil, 1996).

De forma sucessiva, no ano de 2015, com a publicação do Código de Processo Civil, cria-se a Lei de Mediação (Lei 13.140 de 2015), e, nas disposições do artigo 22, contratualiza a figura da mediação de forma pré-processual, permitindo a intensificação da cultura de pacificação dos conflitos em terras brasileiras.

O ponto crucial de inovação pela proposta da presente tese, não se restringe tão somente, em intensificar as cláusulas negociais dispostas em contrato, mas também, propor uma nova forma consensual de solução de conflitos, como cláusula limitativa de acesso à jurisdição, qual seja, a negociação colaborativa, representada pela advocacia colaborativa.

Mais que isso, é dispor da respectiva cláusula, aplicável em contratos complexos, de natureza híbrida, de colaboração e executados a longo prazo, como é o caso do contrato de franquia.

O grande desafio: explorar uma espécie de forma consensual de solução de conflitos, com ausência de norma cogente no cenário jurídico brasileiro, que a determine quanto definição de instituto, forma de aplicação, e, principalmente, disciplinando o formato de condução da atividade (procedimento).

Para tanto, no presente capítulo, pretende-se discorrer acerca da possibilidade de aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa como cláusula limitativa de acesso à jurisdição, e, como fundamento, utilizando-a em aplicação análoga a lei de mediação.

Em ato contínuo, no intuito de reforçar o permissivo das cláusulas negociais prévias, como limitativas de acesso à jurisdição, pretende-se apresentar aportes teóricos sobre a aplicação das cláusulas escalonadas e híbridas, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em relação ao processo arbitral, como forma de justificar a força obrigatória, de análise prévia das discussões na esfera negocial.

No decorrer do capítulo, passa-se a explicitar, aportes teóricos quanto ao instituto da cláusula *hardship*, notadamente aplicáveis em contratos internacionais, como forma de fortalecimento da justificativa do poder de renegociação em cláusulas contratuais, em prévia apreciação do conflito, sem que se submeta a esfera do poder jurisdicional/arbitral.

Em capítulo posterior, pretende-se ilustrar o posicionamento da jurisprudência nacional acerca do poder da discussão de cláusulas negociais, a fim de demonstrar, por exemplificação, sem a pretensão do esgotamento do tema, a ideologia dos tribunais, quanto ao respeito das cláusulas negociais prévias.

Por derradeiro, pretende-se dissertar, determinados apontamentos sobre a importância da inclusão e aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa como cláusula negocial prévia limitativa ao acesso à jurisdição em contratos de franquia, em prol da responsabilidade social corporativa, notadamente, pelos benefícios de natureza social, de governança corporativa e ambiental.

O método aplicado ao presente capítulo, em que se não difere aos capítulos precedentes, é o dedutivo, em deduções gerais de aplicação de cláusulas negociais prévias pelo método da mediação e da arbitragem, para, em ato subsequente, defender a proposta de aplicação a negociação colaborativa por interpretação análoga (dedução específica).

Utiliza-se no presente, uma análise de pesquisa bibliográfica e documental, em análise teórico científica, de legislação e jurisprudencial, acerca da tese que ora se defende.

5.1 | A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA COMO CLÁUSULA LIMITATIVA DE ACESSO À JURISDIÇÃO NOS CONTRATOS DE FRANQUIA: UMA PROPOSTA ANÁLOGA A MEDIAÇÃO

Conforme relatado introdutoriamente no presente capítulo, é preciso esclarecer como premissa, que não se está diante de uma proposta inédita no ordenamento jurídico. A inclusão de cláusulas negociais, de mediação e arbitral, de forma prévia em relações contratuais é um instrumento permitido pela legislação, e difundido nas esferas processo judicial e arbitral.

Em matéria constitucional, estariam respectivas cláusulas violando princípios constitucionais, como o direito de ação em sentido lato, ou o da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal)? Seria considerada uma hipótese de violação ao Acesso à Justiça, propor cláusulas limitativas negociais, de mediação, ou arbitral, de forma prévia em contratos de uma forma geral?

Em resposta, a regra principiológica constitucional da inafastabilidade da jurisdição, em hipótese alguma poderá restringir com que pessoas livres e capazes façam uma releitura de seus conflitos instaurados, e busquem dirimir da melhor forma possível, desde que se utilizem da livre manifestação de vontades, para os anseios de solução pacífica do conflito (Marinoni, 2015, p. 175).

A ideologia proposta por Marinoni (2015), em defesa análoga a aplicação da arbitragem como figura terceira de apreciação do conflito, distante dos bancos judiciais, é amparada pela hipótese de que não se exclui do cidadão qualquer direito, sequer se retira um poder do Estado, pois as partes, quando definem previamente uma forma consensual (ao caso proposto pelo autor, a arbitragem), as partes contratantes “(...) exercem uma faculdade que está em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade” (Marinoni, 2015, p. 175).

Nesse sentido, falar em medidas alternativas de solução de conflitos de forma prévia, em um contexto histórico, proporciona um retrospecto a Constituição de 1824. Especialmente, nas disposições dos artigos 161 e 162³⁸⁸, em que se permitia a tentativa de conciliação

³⁸⁸ Nesse sentido, a expressão literal dos artigos em previsão Constitucional: “(...) Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. (...) Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei. (BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (De 25 de março de 1824). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm, Acesso em: 03 ago. 2024).

prévia por Juízes de paz (Brasil, 1824), uma ferramenta, utilizada à época para promover agilidade e economia processual (Oliveira Filho, 2021, p. 43). Respectivo regramento se tornou regulamento no ano de 1827, com a aprovação da Lei 15 de outubro, responsável por disciplinar a Justiça de Paz brasileira (Oliveira Filho, 2021, p. 44).

Em tempos subsequentes, fruto de movimentos sociais, contra a política de conciliação prévia, diante da redução de conflitos submetidos a justiça estatal (Oliveira Filho, 2021, p. 45), entre em vigor o Regulamento n. 737 de 1850, relativizando a conciliação prévia, de forma a promover a dispensa do ato, nas matérias relacionadas ao direito comercial (Brasil, 1850), especialmente, as que diziam respeito aos títulos de crédito³⁸⁹ (Oliveira Filho, 2021, p. 46).

Na contemporaneidade, vivencia-se a conciliação, e formas análogas de solução de conflitos, como ferramenta indispensável de acesso à jurisdição, tanto é que, consoante mencionado em capítulo preliminar, o Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, intensifica a ação consensual como política pública (Brasil, 2010). E mais, o Código de Processo Civil, nas disposições iniciais em normas fundamentais (artigo 3º) e nas questões procedimentais (artigo 334), trata da mediação e da conciliação, como figuras prévias em relação a qualquer resposta adjudicada (Brasil, 2015).

Não distante, a mediação é incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, em atenção aos propósitos da política pública inserida pelo Conselho Nacional de Justiça, visando a inserção de práticas alternativas de solução de conflitos, com o advento da Lei 13.140 de 2015.

Distante de uma proposta de justificativa, no sentido de considerar as formas consensuais de solução de conflitos, especialmente na presente proposta, as previstas contratualmente, como medida obrigatória de acesso à Justiça. Defende-se como proposta, a ideia de que o direito fundamental do cidadão, não possa ser expressado como dever de ação, mas um direito de ação, quando da existência da lesão ou ameaça de lesão.

Portanto, diante de uma lesão ou suposta lesão (ameaça), a alternativa prévia da negociação, no formato da negociação

³⁸⁹ Nesse sentido, as disposições do artigo em comento: “(...) Art. 23 Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes. Exceptuão-se: § 1º As causas procedentes de papeis de credito commerciaes, que se acharem endossados. (Art. 23 do Titulo unico Codigo)” (BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juizo no processo Commercial. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>. Acesso em: 03 ago. 2024).

colaborativa, em figura análoga a proposta da lei de mediação, nos termos do artigo 22 da Lei 13.140 de 2015³⁹⁰, é uma medida eficaz de solução de conflitos no direito empresarial, especialmente, com reflexos em prol da responsabilidade social.

Há um reflexo importante na discussão de conflitos. É preciso afirmar, que o Poder Judiciário não pode ser considerado como primeira opção de solução de demandas, mas a *ultima ratio*, tanto é, que o movimento de desjudicialização, já enfrentado em capítulos anteriores, tem propagado respectiva assertiva (Hommerding; Bueno, 2022, p. 518).

Nesse raciocínio, levando em consideração a necessidade de adequação do conflito em relação a forma consensual escolhida (partes, relação jurídica, interesses econômicos/pessoais, formalidade-procedimento), permite-se por fontes do direito (Lei, acordos), a utilização de cláusulas em contratos, como forma de regular a relação jurídica material, e, até mesmo, condicionar adequadamente situações futuras do processo judicial, na hipótese de não obtenção do acordo nas vias prévias (Paula Filho, 2021, p. 423).

Tal instituto intitulado por convenções processuais, é definido como “(...) um negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito” convencionam situações jurídicas pela criação, modificação e extinção das mesmas, permitindo ainda, a alteração de procedimento (Cabral, 2016, p. 68).

A par desse raciocínio, seja pela inclusão de cláusulas prévias negociais, ou de convenções processuais, é indispensável advogar pela tese favorável, de que respetivas cláusulas limitativas de acesso à jurisdição não são vedadas no ordenamento jurídico brasileiro. Consoante já sustentado, diante de uma situação equivalente de direito material, com estipulação livre de vontade, em um conflito (real ou potencial), limita-se a utilização do Poder Judiciário de forma temporária, com a faculdade de impor limites a cognição judicial (Paula Filho, 2021, p. 424).

O permissivo contratual prévio se faz presente nos procedimentos de mediação extrajudicial contratual, de conciliação, ou pela cláusula compromissória, utilizando-se da arbitragem, como

³⁹⁰ Pontos de destaque do artigo em comento, são os prazos de realização das sessões, critérios para escolha do mediador, e penalidade pelo não comparecimento, e, na hipótese de silêncio, a Lei prevê até 3 meses de duração da atividade, destacando-se ainda, a penalidade (50% das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior), será aplicada se as partes aderirem ao contrato (Ibid., 2015).

técnica consensual de solução de conflitos, como figura alternativa da resposta adjudicada (Paula Filho, 2021, p. 424)³⁹¹.

O ponto crucial de análise das cláusulas limitativas de acesso à jurisdição, diz respeito a questão temporal, para efeito de exigibilidade de direitos, até para que não se perca a respectiva exigibilidade dos mesmos. Qualquer forma de convenção processual ou de direito material, como forma limitativa de acesso à jurisdição, não pode servir de barreira para o Acesso à Justiça à zero, de forma ilimitada no tempo (Paula Filho, 2021, p. 424). Ainda, a estipulação de termos fixos em cláusulas contratuais, a exemplo, para o caso em tela, da utilização da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, será considerada inválida, se o respectivo cumprimento, levar a ocorrência da prescrição ou decadência de direitos. Nesse sentido, acima de tudo, a obediência ao marco temporal de cumprimento da negociação, deve ser levado como ponto indispensável a fim de proteger o exercício de direitos em relação a prescrição e a decadência.

Volta-se a frisar, que a proposta de cláusula limitativa de acesso à jurisdição pelas vias contratuais, não é uma tese nova. Contudo, propor uma cláusula limitativa de acesso à jurisdição, de natureza prévia, em contratos de franquia, utilizando-se como instrumento de solução do conflito entre as empresas, o uso da negociação colaborativa, representado pela advocacia colaborativa, é um instrumento inovador e não aplicado no ordenamento jurídico brasileiro.

Reitera-se que a defesa em prol da presente proposta, é utilizar do instituto da negociação, justamente pelo fato de que as partes (franqueador e franqueado), são as que mais conhecem dos problemas (conflitos) criados, e, frente ao diálogo, transparéncia (simetria de informações), consideram-se as melhores para desenvolver uma fiel forma de resolução do conflito.

Ademais, a natureza jurídica do contrato de franquia, como contrato de colaboração, ainda que de forma híbrida e complexa, faz da prática que lhe é inerente, um desenvolvimento de atividades entre as partes, que requer a plena colaboração seja na pactuação, seja na execução do contrato. Essa característica, reforça ainda mais, a

³⁹¹ A doutrina reforça ainda, a utilização do *pactum de non petendo*, acordo cujo o objeto se relaciona com a exigibilidade do direito (pretensão), de forma que os acordantes se comprometem a não exigirem em sede jurisdicional ou arbitral, o cumprimento do contrato, de forma que respectivo pacto não interfere no direito material (sem efeitos de remissão de dívida), ao ponto de permitir as partes, exercer seus direitos fora do processo (Cabral, 2020, p. 24). (CABRAL, A. do P. *Pactum de non petendo: a promessa de não processo no direito brasileiro*, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 78, out./dez. 2020, p. 19-44. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026463/Book_RMP-78.pdf. Acesso em 01 ago. 2024).

hipótese de aplicação de cláusula negocial limitativa de acesso à jurisdição, a fim de que as partes, colaborem para a solução do conflito criado, evitando-se a instauração do processo judicial, e uma resposta futura inesperada, representada pela sentença.

Outro ponto relevante, é a ausência de previsão legal, em relação a aplicação do instituto da negociação colaborativa/advocacia colaborativa no ordenamento jurídico brasileiro. Muito embora, respectiva prática negocial tenha se desenvolvido no Brasil desde o ano 2000, é importante reforçar, que a prática é utilizada no direito de família, e, a presente proposta que se defende, se dá pela aplicação em contratos empresariais.

Portanto, tratar da negociação colaborativa, em interpretação análoga a lei de mediação, é uma proposta adequada sob uma perspectiva da natureza jurídica de ambos os métodos adequados, os procedimentos e efeitos aplicados a Lei de mediação, incidentes de forma análoga a negociação/advocacia colaborativa.

Em justificativa teórica ilustrativa comparada, traça-se um paralelo semelhante entre a Lei de arbitragem e a lei de mediação. Enquanto espécies de cláusula, o modelo da cláusula compromissória na lei de arbitragem, prevê uma hipótese de cláusula cheia (que contém todos os requisitos necessários para o início da arbitragem) e vazia (quando não dispõe os requisitos para o passo inicial da arbitragem) (Carneiro, 2017). Nesse ponto, a mediação de forma análoga, é defendida sob o mesmo aspecto, cheia (ou completa) quando permite o início da mediação, quando do surgimento da controvérsia (preenchimento dos requisitos previstos no artigo 22 da Lei 13.140 de 2015) (Meireles, 2021, p. 263)³⁹², e vazia (incompleta), quando após o surgimento da controvérsia, as partes se reúnem para definir os elementos necessários (idioma, local, quantidade de mediadores) (Carneiro, 2017, p. 56).

Em complemento, a eficácia da cláusula de mediação, em tese, se assemelha a lei de arbitragem, com a ressalva de que na mediação, não há obrigatoriedade de exclusão da controvérsia, a submissão futura da resposta adjudicada estatal. Isso quer dizer, que

³⁹² A vantagem em se estabelecer a cláusula de mediação, é a escolha de sua proposta de forma precedente a materialização do conflito, tornando compulsória a presença das partes na primeira reunião de mediação. Portanto, nas hipóteses de inexistência da cláusula, ocorrido o conflito, as partes poderão assinar o termo inicial de submissão a mediação e permanecer no procedimento. Porém, em grande parte dos casos, o nível do conflito, poderá levar em alto nível, a submissão da controvérsia a respectiva resposta adjudicada. Por esse motivo, o melhor momento de definir a cláusula, é previamente a existência do conflito (Meireles, 2021, p. 264) (MEIRELES, R. M. V. A importância da cláusula de mediação, *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 30, n. 4, 2021, p. 255-267, out./dez. 2021, Belo Horizonte. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/667>. Acesso em: 07 ago. 2024).

estabelecida a cláusula compromissória, as partes deverão como regra, submeter o conflito ao crivo do Juízo arbitral (Carneiro, 2017). Por sua vez, na lei de mediação, não se exclui da apreciação futura, uma análise do poder jurisdicional, contudo, obriga as partes caso pactuem previamente em contrato, a participação na primeira reunião de mediação (Carneiro, 2017, p. 59)³⁹³.

Sob uma perspectiva de análise processual, na hipótese de inobservância ao que foi pactuado em cláusula negocial prévia, especialmente, quanto a obrigatoriedade de submissão de todo e qualquer conflito oriundo da relação contratual, a via negocial prévia, há quem defende, a hipótese do juízo, em determinar a extinção do processo sem análise de mérito, por ausência de interesse processual, em conformidade com o artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil (Meireles, 2021, p. 265)³⁹⁴.

Sobre a questão da discussão de cláusulas negociais limitativas de acesso à jurisdição, sob a perspectiva de possibilidade de extinção do feito por ausência de interesse processual, em razão da não submissão negocial prévia do conflito, é importante ressaltar de forma sucinta, os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, em especial, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.139/DF (Brasil, 2019) e o Recurso Extraordinário n. 631.240/MG.

Respectivamente, trata da inconstitucionalidade do artigo 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, quanto a submissão da pretensão trabalhista, para apreciação da Comissão de Conciliação Prévia, como requisito para o ajuizamento de reclamatória trabalhista, e, o recurso extraordinário, considerando válido, o requisito de realização de requerimento administrativo perante o INSS, com a necessidade de apreciação do respectivo órgão (indeferimento), para efeito de ajuizamento de pretensão de benefício previdenciário.

³⁹³ Nesse sentido, a previsão legal na Lei de Mediação, tipificada pela Lei 13.140 de 2015: “(...) Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação” (Ibid., 2015).

³⁹⁴ A discussão doutrinária cita o exemplo do direito comparado (Tribunal alemão), que inadmitiu a análise de questão processual, sob o argumento de ausência de submissão prévia de tentativa negocial extrajudicial. Na opinião do autor acerca da decisão, o descrédito a submissão pré-negocial extrajudicial prevista em contrato, provocaria o incentivo a desmandos de convenções, de maneira que o processo teria prosseguimento sem qualquer sanção ao descumpridor. Nesse sentido, para que a norma se torne efetiva e alcance o sentido público almejado (cultura da consensualidade), a solução seria pela extinção do processo, negando-se para aquele momento, a prestação jurisdicional ao postulante (Sousa, 2024, p. 57) (SOUSA, A. R. Apontamentos sobre o estabelecimento de tentativa de autocomposição pré-processual obrigatoria no direito brasileiro, **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 25, n. 2, Ano 18, maio a agosto de 2024, p. 42-73. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/85243>. Acesso em: 04 ago. 2024).

Quanto ao primeiro tema, a discussão da obrigatoriedade de submissão a Comissão de Conciliação Prévia, a Suprema Corte se posicionou pela desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais ou inviabilizadores de submissão da pretensão ao Judiciário, em atenção ao disposto no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal (Brasil, 2019).

Na ementa da decisão, o artigo 625-D contraria de plano a Constituição Federal, que reconhece a submissão de pretensão à Comissão de Conciliação Prévia, como requisito para ajuizamento de ação judicial trabalhista (Brasil, 2000). Ademais, a legitimidade do instrumento alternativo de solução de disputas é meio idôneo, contudo, inviável de configurar-se como requisito para o ajuizamento de reclamação trabalhista (Brasil, 2019). Logo, constitui meio legítimo, mas não obrigatório, com a permanência do Acesso à Justiça, para todos àqueles que tenham interesse de submeter o conflito a resposta adjudicada (Brasil, 2019).

Em contrapartida, a discussão referente ao Recurso Extraordinário de n. 631.240/MG (Tema 350), quanto ao esgotamento das vias administrativas, para efeito de requisito prévio para o acesso à justiça, entendeu pelo manifesto da relatoria do Ministro Roberto Barroso, que a instituição de condições para o exercício do direito de ação é ato compatível com o artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal (Brasil, 2014).

Em complemento, a concessão de benefícios previdenciários em Juízo, depende de requerimento administrativo prévio do interessado, não caracterizando lesão ou ameaça de lesão a direito, ante da apreciação e indeferimento pela autarquia previdenciária. A obrigatoriedade do requerimento administrativo de forma prévia, jamais deve prevalecer quando o posicionamento da Autarquia for explícito e contrário à postulação do segurado (Brasil, 2014).

Assim sendo, o esgotamento de vias administrativas e negociais prévias, como requisito para o interesse processual em Juízo, é defendida sob o argumento de que “(...) antes de procurar o Poder Judiciário para buscar a tutela jurisdicional, esteja configurada a efetiva impossibilidade de a parte obter, por si própria, a situação almejada” (Tartuce, 2016, p. 115).

Diante de tais apontamentos, em que pese a ausência de disposição legal hábil para tratar da negociação colaborativa, pela figura da advocacia colaborativa, é preciso esclarecer que, em atenção a autonomia da vontade das partes no direito contratual, em específico aos contratos de franquia, com pessoas plenamente capazes, tratando de direitos disponíveis, há uma viabilidade de se entabular respectiva

cláusula negocial na espécie de contrato, por aplicação análoga as disposições legais da mediação entre particulares³⁹⁵.

Com a ilustração dos julgados, busca-se esclarecer, que a inserção de cláusula com todos os requisitos necessários a aplicação da negociação colaborativa de forma prévia, quando existente a controvérsia, torna-se medida plenamente cabível, e passível de aplicação aos propósitos análogos pela lei de mediação, haja vista a não exclusão de apreciação do poder judiciário, na hipótese de infrutuosidade da negociação realizada³⁹⁶.

Contudo, é preciso deixar claro e transparente na disposição contratual, a obrigatoriedade da presença das partes no procedimento da negociação colaborativa, como limite de submissão a apreciação do poder jurisdicional competente, na hipótese de controvérsia inexitosa pela via da própria negociação colaborativa. Ademais, a proposta é passível de aplicação, mesmo após instaurado o conflito nas vias judiciais ou pela via arbitral, ocasião em que, incumbe ao órgão competente, suspender o processo arbitral ou judicial, até que se definam as atividades do processo de negociação³⁹⁷.

Defende-se a viabilidade de negociação prévia como cláusula limitativa de acesso à jurisdição, pelos motivos principiológicos já explanados, representados pela autonomia das partes e a liberdade de contratar. Preenchido os requisitos de existência e validade do negócio jurídico, além da natureza da disponibilidade dos interesses

³⁹⁵ Reflete-se cientificamente a expressão convenção ou contrato, de natureza obrigacional, de forma que as partes abdicam de discussões processuais, ainda que temporariamente, se comprometendo a agir sob o formato previamente estabelecido, entabulando um acordo, sobre uma situação jurídica. De forma técnica ao processo, tendo em vista a natureza da convenção, incumbirá as partes a respectiva arguição em juízo, impossibilitando ao juiz conhecê-la de ofício (ANDRADE; RIBEIRO, 2021, p. 148) (ANDRADE, E.; RIBEIRO, G. T. Cláusula de mediação prévia: análise do efeito processual de seu descumprimento e perspectivas de pactuação, **Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado**, v. 18, n. 1, ano 2021, p. 140-171. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/45521/1/7.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2024).

³⁹⁶ Importante valorar as descrições propostas por Mancuso (2015), ao fazer menção que não se está em busca do atrito (formal ou substancial, direto ou reflexo) em relação ao artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. O que se pretende, é ofertar a resposta adjudicada de forma seletiva, subsidiária ou residual, como uma forma de valorização do Poder Judiciário, como prestígio e credibilidade ao órgão, evitando-se em consequência, a banalização, dispersão e despêndio de tempo, em disputas que poderiam ser resolvidas sobre outras formas de solução (MANCUSO, Op. cit., 2015, Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html).

³⁹⁷ Ainda: “(...) Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito (BRASIL, Op. cit., 2015).

patrimoniais inerentes ao contrato de franquia, seria um desprestígio a cultura da consensualidade, e uma afronta a Constituição Federal³⁹⁸, repelir a cláusula de negociação colaborativa de forma limitativa de acesso à jurisdição.

Reforçando a tese de constitucionalidade, e, portanto, de ausência de afronta ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal em relação ao uso de cláusulas limitativas negociais prévias de acesso à jurisdição, como premissa, a proposta não pretende “(...) enfraquecer a garantia constitucional, mas de apontar caminhos para o seu correto entendimento em face dos desafios colocados por uma realidade de constante transformação da atividade jurisdicional” (Salles, 2006, p. 779).

Para proposta teórica de Salles (2006, p. 782), antes mesmo do advento de políticas públicas para o tratamento de solução de conflitos, era fazer com que os mecanismos alternativos de solução de disputas, transitassem de um plano até então de inconstitucionalidade para fins limitativos de acesso à jurisdição, para uma tarefa instrumental auxiliar da prestação jurisdicional, justamente com a finalidade não de concorrer com o Poder Jurisdicional, mas somar, proporcionando novas portas hábeis para a efetividade da garantia de prestação jurisdicional.

Nesse contexto, a expressão solução de conflitos é o geral, enquanto suas espécies podem se configurar pela heterocomposição, e as formas consensuais alternativas, de forma que não há precedência de escolha entre uma espécie ou outra (Salles, 2006, p. 785).

Para justificar essa premissa, Salles (2006, p. 786), propõe os processos de solução de controvérsias em três vertentes: a) adjudicatória; b) consensual, e; c) misto. A adjudicatória, responsável por uma resposta dada por um terceiro, responsável pela solução do conflito de forma imperativa, distante de qualquer interesse e relação com as partes conflitantes, de forma que “(...) o julgador adjudica o conflito” (Salles, 2006, p. 786)³⁹⁹. Em contrapartida, os processos

³⁹⁸ Além da liberdade como preceito fundamental constitucional, é preciso ilustrar o fundamento primordial encartado na parte preambular da Constituição Federal, que defende além da liberdade, a igualdade (das partes no contrato), e a solução pacífica das controvérsias, nos seguintes termos: “(...) Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (Ibid., 1988).

³⁹⁹ O autor complementa que, além do Judiciário como resposta adjudicada, têm-se a

consensuais se intitulam como meios capazes de “(...) gerar condições objetivas e predispor as partes, para a realização de um acordo” (Salles, 2006, p. 786). Não se trata de uma substituição do poder estatal, mas um meio auxiliar para a solução o conflito, com a finalidade de se evitar o processo judicial custoso e moroso (Salles, 2006, p. 790). Por fim, os processos mistos, àqueles responsáveis pela combinação entre processos adjudicatórios e consensuais, em obediência a liberdade das partes (Salles, 2006, p. 790). Nesse sentido, a utilização consensual, poderia ser prévia ou incidental ao processo de adjudicação, a exemplo, o procedimento de cláusulas escalonadas, adiante exemplificado.

Partindo desse raciocínio teórico, as formas consensuais de solução de conflitos, devem ser compreendidos na seara (infra)constitucional, como “(...) sucedâneos válidos da jurisdição estatal” (Salles, 2006, p. 792), entendendo a jurisdição, não como monopólio de atuação do Estado, mas integrante de um sistema variado de formas de solução de conflitos, um instrumento entre os vários existentes na sociedade (Salles, 2006, p. 792), todos de mesma validade⁴⁰⁰.

Ademais, ainda que a hipótese defendida na presente tese provoque críticas no sentido de afronta ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁴⁰¹, em eventual submissão do contrato de franquia, a respectiva resposta pela heterocomposição (jurisdicional), identifica-se por medida legal, a hipótese de suspensão do processo pelo Juízo, até que as partes realizem o procedimento de negociação

outras formas estatais (foro administrativo – Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), e os não estatais, dos quais em destaque, a arbitragem (Salles, 2006, p. 786) (SALLES, C. A. de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, L.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (coords.). **Processo e Constituição:** estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2006).

⁴⁰⁰ Para Tartuce (2016, p. 131-132), não é pretensão dos métodos adequados de solução de conflitos, substituir a resposta adjudicada, mas sim, propiciar opções diversificadas para o fiel tratamento de controvérsias instauradas, com forma de complementaridade da resposta jurisdicional (TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016).

⁴⁰¹ A inafastabilidade da jurisdição é denominada por Mancuso (2015), como a ubiquidade da jurisdição (presente em todos os lugares), não implica dizer na expressão monopólio estatal de distribuição de justiça, até porque a distribuição de solução de conflitos se perfaz por inúmeras portas. Portanto, para o autor, deve-se impor uma mudança de rumos, de forma a readequar a expressão interesse processual, entendendo-se que o acesso a resposta adjudicada não pode servir de primeira opção, e, sempre que possível, permitir que a lesão se submeta a formas consensuais de solução, através da obtenção de externalidades positivas, quais sejam: estímulo a cidadania (resposta adequada) em espaço e tempo necessário, para que as partes obtenham a maturidade do conflito (MANCUSO, Op. cit., 2015, Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html).

colaborativa, atendendo ao disposto nos artigos 3º § 2º, 334, 139 inciso I, II, V, c/c 313 inciso II do Código de Processo Civil⁴⁰².

Nesse contexto, o raciocínio que se propõe na presente tese, e que se pretende tornar autêntico, é pela defesa de admissibilidade do instituto da negociação colaborativa no contrato empresarial de franquia, exatamente pela justificativa dos seguintes argumentos: a) assim como no direito de família, no direito empresarial, e porque não dizer na economia, se está a tratar de comportamento humano, de relações humanas b) a empresas brasileiras, em grande maioria, estão dispostas por sociedades empresárias, em que seus membros estão compostos de pessoas no mesmo seio familiar (empresas familiares); c) volta-se a frisar, que o contrato de franquia em sua essência, se tipifica como um contrato de colaboração, situação que por essência, faz das partes não concorrentes, mas voltados a fins comuns, com os mesmos propósitos; d) Essa natureza mútua, reciproca, de atividade empresarial, se assemelha, e traz uma interpretação análoga a figura do casamento, em que os cônjuges, assim como os sócios, devam guardar a colaboração, a transparência, e o compartilhamento de desígnios comuns, para atingir a finalidade proposta.

A solidariedade com que se requer na vida conjugal no compartilhamento de propósitos recíprocos, é similar a atividade colaborativa com que se pretende na vida societária, notadamente no direito empresarial em contratos de franquia. Por esses argumentos, acredita-se e estabelece como proposta de defesa, a aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa em contratos empresariais de franquia, como cláusula limitativa de acesso à jurisdição em prol da responsabilidade social.

Com efeito, para reforçar a proposta de aplicação de cláusulas negociais prévias, desenvolve-se a seguir, o argumento de viabilidade, ou, a alternativa da aplicabilidade de cláusulas contratuais ordenadas, ou da forma com que a doutrina as especifica, intituladas de cláusulas escalonadas, como forma convencional de propor opções as partes, de formas consensuais de solução de conflitos em escala de conveniência contratual.

⁴⁰² A doutrina e a lei de mediação se amoldam ao raciocínio proposto, nos seguintes termos: “(...) Todavia, levando em consideração o princípio da inafastabilidade da jurisdição contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o art. 23 da Lei 13.140/2015 não vedou que as partes proponham a ação, mesmo diante do pacto de não procurar a heterocomposição, mas determinou, nessa hipótese, que o juiz ou o árbitro, diante da convenção entre as partes, mantenha suspenso o procedimento judicial ou arbitral até a implementação da condição ou do prazo” (Scavone Junior, 2018, p. 317) (SCAVONE JUNIOR, L. A. **Manual de arbitragem:** mediação e conciliação. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

5.2 | CLÁUSULAS ESCALONADAS E HÍBRIDAS NOS CONTRATOS DE FRANQUIA: UMA PROPOSTA DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA DE FORMA PRÉVIA E ALTERNATIVA AO PROCESSO ARBITRAL

O argumento quanto a viabilidade de inclusão da cláusula de negociação colaborativa em contratos de franquia, de forma limitativa ao acesso à jurisdição se fortalece, na medida de viabilidade de aplicação da mediação ou da conciliação, como cláusula escalonada no processo arbitral.

A cláusula escalonada⁴⁰³ é uma hipótese de “cláusula contratual que contempla a obrigação de as partes submeterem-se à mediação ou à conciliação previamente a arbitragem ou à jurisdição estatal” (Scavone Junior, 2018, p. 315), no objetivo de se evitar com que a disputa se dirija diretamente aos bancos judiciais/arbitrais (heterocomposição).

Na presente proposta, além de tratar da cláusula negocial colaborativa, como instrumento limitativo de acesso à jurisdição, entende-se pertinente, o uso da respectiva cláusula sob o formato escalonado ao procedimento arbitral em contratos de franquia⁴⁰⁴.

Considerando que a Lei de franquia prevê o uso da arbitragem como forma consensual de solução de conflitos, nos termos do artigo 7º § 1º da Lei 13.966 de 2019 (Brasil, 2019), situação já debatida em capítulo anterior, torna-se plenamente viável, equiparar como proposta, a aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa como cláusula escalonada, limitativa a submissão do processo arbitral.

Como dito, se a proposta é de defesa em relação a limitação do exercício jurisdicional, qual o motivo para se impedir, a inclusão da negociação colaborativa, como cláusula escalonada de forma análoga a mediação, se amparada pela lei de arbitragem e de mediação, a aplicação escalonada da cláusula *Med-Arb*? Acredita-se, que a forma negocial, pela metodologia já apresentada como proposta, desde que

⁴⁰³ Para Scavone Junior (2018), na hipótese de contratos a longo prazo (construção civil), proposta que ora se defende na presente tese em relação ao contrato de franquia, a cláusula escalonada se mostra útil para evitar qualquer hipótese de jurisdicinalização do conflito (Ibid., 2018, p. 315-316).

⁴⁰⁴ Ratifica-se o posicionamento da utilização das cláusulas escalonadas em contratos classificados por Cahali (2022), como de execução continuada (conflitos em contratos de franquia e representação comercial), bem como nos de longa duração e considerável complexidade (grandes obras de construção civil, infraestrutura decorrentes de parceria público-privada) (CAHALI, Op. Cit, 2022, Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html).

respeitado o prazo razoável de sua realização, é uma forma social, econômica e jurídica apta a solução dos conflitos, na seara dos contratos de franquia, na medida em que propicia a manutenção dos vínculos entre as partes contratantes, promovendo o alcance da responsabilidade social da empresa, consoante a proposta que adiante se defenderá.

A par desse raciocínio, a Constituição Federal (artigo 5º inciso LXXVIII) e o Código de Processo Civil (artigo 4º), prescreve e permite interpretar o direito da parte, a solução da disputa sob a perspectiva jurídica, mas também, a solução do conflito de forma integral (Didier Jr; Fernandez, 2023, p. 176). Tal premissa (infra)constitucional traz consigo, a reflexão de uma garantia concomitante ou sucessiva (situação que ora se propõe), de submissão do conflito, a apreciação de mais de uma porta de acesso à Justiça (Didier Jr; Fernandez, 2023, p. 177).

Nesse raciocínio, o direito a resposta adjudicada não é absoluto, e, portanto, o interesse social deve ser levado em consideração na proteção dos interesses individuais (Tartuce, 2016). A par da segurança e garantia de acesso ao indivíduo ao Poder Judiciário pela resposta adequada do conflito, caminha em paralelo, a luta pela litigiosidade “frívola e emulativa”, melhor dizendo com discussões inócuas e competitivas, sem atenção ao real sentido do conflito (Tartuce, 2016, p. 131).

Em complemento, sabe-se que a legislação proporciona a parte, quando da existência de ameaça ou lesão a direitos, a opção pela utilização de formas consensuais de solução de conflitos, na escolha de portas em caráter concomitante ou sucessivo.

Dentre os modelos de solução de conflitos, a opção de solução das disputas pela negociação sob o plano material e processual, conforme já sustentado. De se registrar, a ilustração da doutrina, em fazer menção pela preocupação reduzida dos estudiosos, quanto ao marco temporal de fixação da negociação: “(...) o negócio jurídico sobre o modo de solução de um problema jurídico, atual ou futuro – modo esse que pode não ser o processo jurisdicional” (Didier Jr; Fernandez, 2023, p. 178)⁴⁰⁵.

Nesse raciocínio, defende-se em obediência a autonomia da vontade, a criação de novos formatos de acesso à Justiça, na plena possibilidade das partes diante de um conflito, entabularem o modo

⁴⁰⁵ Os mesmos autores, incentivam a criação de novos métodos, ou ao menos, que não se obstaculize novas tentativas, destacando que a opção pelo uso de novas portas, pode ser de iniciativa das próprias partes envolvidas, os denominados negócios jurídicos, por permissivo legal disposto no artigo 3º § 3º, “(...) uma cláusula geral que permite aos interessados engenhar, consensualmente, o modo como o conflito pode ser resolvido (Didier Jr; Fernandez, 2023b, p. 156) .

como este conflito pode ser resolvido (Didier Jr; Fernandez, 2023, p. 178). Nesse contexto, a criação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, como cláusula limitativa de acesso à jurisdição nos contratos de franquia, configuraria pelo raciocínio teórico proposto, nova porta de entrada ao acesso à justiça, ante a liberdade e autonomia das partes, em dispor previamente respectivas tratativas⁴⁰⁶.

Surgem a partir dos propósitos teóricos apresentados, pontos relevantes positivos e negativos, quanto a opção pela inclusão das cláusulas escalonadas.

Sobre o enfoque positivo⁴⁰⁷, é de se destacar: a) o menor custo e maior celeridade, do que se recorrer diretamente ao processo arbitral ou resposta adjudicada; b) a viabilidade de solução do conflito por mecanismos não adversariais; c) o procedimento de solução de conflitos por uma sequência escalonada, permite ensejar uma etapa mais adequada, para a solução de conflito complexo; d) a confidencialidade da mediação e da negociação colaborativa, prévia ao juízo arbitral ou da resposta jurisdicional, faz com que os fatos ali tratados, não se transmitam para o processo arbitral/judicial; e) as várias camadas, possibilitam as partes, na ampliação dos fatos que geraram a disputa, permitindo uma reflexão maior dos reais e adjacentes problemas decorrentes do conflito instaurado; f) a multiplicidade de etapas, possibilitam um maior *rapport*⁴⁰⁸ entre os

⁴⁰⁶ Reforça-se o raciocínio proposto, ao demonstrar os critérios e condições dos negócios processuais, como forma de sustentar o uso de cláusulas escalonadas (Didier Jr; Fernandez, 2023, p. 178): a) criação de condicionantes para o acesso à justiça de forma escalonada, a exemplo, na utilização de produção antecipada de prova, como requisito prévio para submissão de negociações; a fixação expressa, da necessidade de autocomposição prévia, como requisito para o ingresso de ação judicial; b) hipótese de trânsito entre portas, pela pactuação de cláusulas med-arb ou arb-med, em que haverá a transição entre árbitro e mediado, de acordo com a circunstância; previsão de suspensão do processo judicial ou arbitral, para a realização da forma consensual de conflito definida (DIDIER JR, F; FERNANDEZ, L. O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 88, abr/jun 2023, p. 165-192. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3978934/Fredie+Didier+Jr._Leandro+Fernandez__RMP-886.pdf. Acesso em: 07 ago. 2024).

⁴⁰⁷ Há um ponto de vantagem em relação a contratos de longa duração, como é o caso que ora se defende em relação aos contratos de franquia, como espécie de contrato de longa duração, as cláusulas escalonadas buscam preservar a qualidade do diálogo e da negociação entre os envolvidos, mantendo uma vontade com autonomia, clareza das decisões, uma preservação na comunicação empresarial, inclusive para os setores do alto escalão da administração da empresa (Ferreira, 2021, p. 29) (FERREIRA, A. B. da C. P. Cláusulas escalonadas: repercussões da mediação na arbitragem. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution**: RBADR, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2021, p. 21-36. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/137>. Acesso em: 07 ago. 2024).

⁴⁰⁸ A expressão se refere para a mediação, o grau de liberdade das partes na

contratantes, e, por corolário, a facilitação no relacionamento (Ferreira, Giovannini, 2020, p. 369).

Nas relações de direito empresarial, o que se defende em relação aos contratos de franquia na presente proposta de tese, esse tipo de cláusula é coerente, considerando a natureza jurídica do contrato (de trato continuado/ a longo prazo), a ponto de considerar viável em razão da fiel preservação das relações entre franqueador e franqueado.

Em contrapartida, pela perspectiva negativa, destacam-se as observações referente ao equívoco na elaboração das respectivas cláusulas, especialmente, quanto a escolha da ordem dos métodos de solução de conflito. Portanto, com clareza e coerência, o formato das cláusulas (escolha escalonada), as etapas e procedimentos, prazos, devem estar redigidas expressamente, até porque, as partes podem se encontrar momentaneamente, em uma fase conflitiva avançada, de forma que a tentativa de autocomposição, implica no desnecessário dispêndio de tempo e recursos (Ferreira, Giovannini, 2020, p. 369).

Escalonar formas consensuais de solução de conflitos em cláusulas contratuais, seja de forma antecipada ao processo arbitral (*med-arb*), ou após o procedimento de instauração do processo arbitral (*arb-med*)⁴⁰⁹, é proporcionar as partes pontos atrativos na controvérsia instaurada. Durante a existência do conflito, as partes convivem com o problema, e, portanto, nada melhor do que estabelecer a consensualidade previamente, como forma de resolver os conflitos, ou, minimizar e acalantar os ânimos das partes, para os procedimentos futuros (arbitral ou de resposta adjudicada).

Pelo exposto, assim como na cláusula *med-arb* de forma escalonada, defende-se a proposta, como forma de fortalecer a

comunicação e a qualidade do contato humano, tipificado pelo nível de confiança entre mediador, através do trabalho em relação aos mediandos. Na grande maioria dos casos, o elo de confiança entre as partes conflitantes se dá no primeiro contato, de forma que a empatia surge e gera confiança em minutos, propiciando um procedimento de negociação ameno. No entanto, por se tratar de pessoas no processo negocial, o *rapport* é variado, configurando-se rápido para garantir a empatia entre os envolvidos ou não. A qualidade do relacionamento, sintonia, confiança e empatia, é pressuposto para uma solução mais adequada em relação ao conflito (naturalidade do procedimento) (Spengler, 2017, p. 47) (SPENGLER, F. M. **Mediação de conflitos:** da teoria à prática. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017).

⁴⁰⁹ A utilização da cláusula *Med-arb* é a forma tratada e defendida pelas cláusulas escalonadas, como cláusula prévia, para fins de futura submissão do conflito na hipótese de infrutuosidade da mediação. Por sua vez, a *Arb-med*, após a instauração do procedimento arbitral, permite-se a suspensão temporária, convenção intitulada de cláusula híbrida, a par da escalonada, esta oferece de forma concomitante, a possibilidade da mediação, quando do processo arbitral instaurado (Severo, 2020, p. 75) (SEVERO, L. Importância, funcionalidades e relação das cláusulas escalonadas na mediação e arbitragem, **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution:** RBADR, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, jul./dez. 2020, p. 67-82 Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/165054>. Acesso em: 10 ago. 2024).

possibilidade de cláusulas prévias negociais limitativas de acesso ao processo arbitral⁴¹⁰, o efeito vinculativo da negociação colaborativa/advocacia colaborativa de forma prévia em contratos de franquia, de natureza limitativa ao acesso à jurisdição e até mesmo ao processo arbitral, como aplicação análoga aos ditames da mediação anteriormente proposta em tópico anterior.

Reforça-se a tese, de que não se está tratando de renúncia das partes, a pretensão dos conflitos perante a ao respaldo do procedimento arbitral ou da resposta adjudicada. O que se pretende, é a submissão das partes, por acordo livre de vontades, na submissão prévia do conflito, a apreciação da respectiva solução, ao procedimento negocial pela via da advocacia colaborativa (*colaborative law*), em caráter sucessivo.

Reitera-se que, na hipótese de infrutuosidade da autocomposição pela via consensual prévia, os efeitos vinculantes das partes, permitem com que as mesmas se utilizem conforme convencionado, aos procedimentos sucessivos de solução de conflitos, pela via do processo arbitral, ou pelo poder jurisdicional competente.

Nesse ponto, assim como a mediação, a negociação colaborativa/advocacia colaborativa é uma forma consensual de solução de conflito, plenamente cabível de pactuação isolada (conforme tópico anterior), ou sucessiva/escalonada/concomitante, pela forma com que ora se defende.

O ponto crucial de proposta do presente tópico, é fortalecer a proposta da negociação colaborativa/advocacia colaborativa nos planos de existência (vontade declarada, finalidade negocial, objeto idôneo), da validade (forma não defesa em lei, agentes capazes e licitude do objeto, e eficácia (condicionantes), como cláusulas prévias de negociação, limitativas a outras instâncias de solução de conflitos.

As propostas são reforçadas pelas hipóteses já elencadas. Pela aplicação de forma análoga a lei de mediação, através da utilização da negociação colaborativa/advocacia colaborativa de forma isolada prévia, conforme defendido em tópico anterior, e mais, pela aplicabilidade como cláusula escalonada ao procedimento arbitral, na hipótese de adoção do respectivo procedimento como forma de heterocomposição em contratos de franquia.

⁴¹⁰ Trata-se de um mecanismo de grande relevância para efeito de promoção de uma maturidade social essencial, deixando o paternalismo estatal em segundo plano, sob uma ideologia de que o conflito só pode ser resolvido por intermédio da resposta jurisdicional, de natureza imperativa (Reis, 2019, p. 1931) (REIS, Y. B. A obrigatoriedade da cláusula escalonada med./arb., **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 3, Lisboa, 2019, p. 1897-1943. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-3/189>. Acesso em: 05 ago. 2024).

Ante o exposto, não se observa qualquer restrição para o uso de cláusulas negociais prévias, como pressuposto a submissão das vias da heterocomposição. O processo de submissão prévia a procedimentos negociais de solução de conflitos, especialmente a negociação colaborativa, permite com que as partes busquem, *per si*, a real interpretação do conflito e interesses correlacionados.

Mais do que se aproximar da real compreensão dos conflitos, é o fato de permitir a reaproximação das partes contratantes, para efeito de manutenção dos laços contratuais, uma vez que, acima de tudo, o que realmente está envolvido, são relações pessoais, com reflexos para vida comercial/empresarial. A permanência dos laços contratuais, implicará na permanência de produtividade de vidas, de famílias, na preservação do sustento de lares (econômico e social). Esses são os propósitos sob a perspectiva da responsabilidade social da empresa, que adiante restarão discriminados como proposta derradeira apresentada na presente tese.

Por fim, o respeito e obediência aos termos propostos em cláusula contratual, devem ser seguidos imperativamente pelas partes, e pelo Estado, na hipótese de submissão do conflito de forma direta ao processo arbitral/judicial, como uma forma de supressão de cumprimento de obrigações. A inobservância, implicará o desprestígio em relação a livre pactuação do acordo de vontades, o autorregramento na esfera material e processual, e, banalizar a política cultural da consensualidade que se tem defendido no plano transnacional (ODS n. 16), nacional pela perspectiva constitucional (descrição do preâmbulo da Constituição), bem como, pela implementação de políticas públicas quanto a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 125 de 2010) e demais normativas infraconstitucionais anteriormente mencionadas.

Percorrido os delineamentos teóricos em defesa da aplicação de cláusulas escalonadas/híbridas, como ilustração comparativa a proposta que ora se defende, passa-se a analisar nas próximas linhas, formato distinto de renegociação prévia, comumente aplicável em contratos internacionais, como forma de reforçar a aplicabilidade da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, de natureza prévia e limitativa ao exercício da jurisdição.

5.3 | A RENEGOCIAÇÃO POR INTERMÉDIO DA CLÁUSULA HARDSHIP COMO ILUSTRAÇÃO TEÓRICA

Aliada as propostas anteriores, de fundamento teórico capaz de justificar, a viabilidade legal e pragmática de cláusulas negociais

prévias em contratos de franquia, limitativas ao acesso à jurisdição, torna-se indispensável ilustrar outra hipótese de sustentação teórica, da aplicação de cláusulas de renegociação em contratos empresariais.

Ao caso em tela, em que pese a discussão teórica dos contratos a longo prazo, sob a perspectiva da análise econômica do direito, em defesa da aplicação de cláusulas negociais prévias, como instrumento apto ao equilíbrio das relações contratuais empresariais, discorre-se no presente capítulo, uma abordagem de espécie de cláusula contratual de renegociação nas relações empresariais contratuais, como justificativa viável a proposta da presente tese.

Isso porque, defende-se que o contrato de franquia, em várias oportunidades da presente tese, possui a natureza jurídica de contrato complexo, híbrido, de natureza jurídica a se prolongar no tempo de execução (não instantâneo). Ainda, envolve uma colaboração íntima na figura de franqueador e franqueado, o que requer a ampla cooperação das partes vinculadas na execução do contrato.

Diante de tal raciocínio, a proposta do uso da negociação em contratos empresariais, se materializa pela aplicação da cláusula *hardship*⁴¹¹, oriunda de uma expressão intitulada de contratos evolutivos, não como espécie contratual, mas como fenômeno engendrado e decorrente de relações obrigacionais duradouras, com determinada continuidade de prestações obrigacionais (Martins-Costa, 2010, p. 12).

Nesse aspecto, o lapso temporal na relação contratual, detêm como peculiaridade, o risco econômico proveniente de inúmeros fatores de natureza financeira, climática, sanitária, fiscal, político (Martins-Costa, 2010, p. 13), e, reflexos para contratos interdependentes aos contratos a longo prazo existentes, como é o caso dos contratos de subfranquias (master franquia), costumeiramente executados na espécie contratual que ora se propõe.

Respectivos eventos, não detêm como característica, fórmulas mágicas de solução de casos concretos em cláusulas rígidas. Portanto, indispensável que se desenvolvam a par de cláusulas rígidas, cláusulas abertas ou lacunosas, para efeito de viabilizar a

⁴¹¹ Enquanto natureza jurídica, não se trata de obrigação de resultado, mas de meio, e que tem por objeto o respeito das partes diante do fato que provocou o desequilíbrio contratual, não exigindo das partes de forma exclusiva, um novo acordo de vontades, mas o reajuste hábil para a permanência do existente (Castro, 2022, p. 38) (CASTRO, F. C. e. A cláusula de *hardship* em contratos empresariais no Brasil. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/49054>. Acesso em 07 ago. 2024).

continuidade de relação entre as partes, por intermédio da renegociação (Martins-Costa, 2010, p. 14)

Ao presente caso, trata-se da expressão *hardship*, termo intitulado por Martins-Costa (2010, p. 14), de rigor excessivo, um infortúnio, uma cláusula que diante de um fato inesperado, imprevisto que culmine na alteração da relação contratual, provoque as partes, o direito a renegociação de seus termos (Castro, 2022, p. 36). Trata-se de uma cláusula de aplicabilidade não automática, que impera, diante de fatos supervenientes, a obrigação das partes, na renegociação⁴¹² de disposições contratuais, diante do desequilíbrio apresentado, em vias de se atingir o restabelecimento da paridade contratual no pacto estabelecido (Castro, 2022, p. 35-36).

Como complemento, apontam-se quatro funções a cláusula *hardship*, das quais destacam-se: a) buscar o equilíbrio econômico e correlata continuidade do contrato, de forma a impedir que o cumprimento do pactuado (quase impossível de se cumprir – intangível), culmine em rigor excessivo na execução; b) o equilíbrio e paritária distribuição dos custos resultantes do fato superveniente imprevisto entre as partes, por intermédio da renegociação; c) impedir a rescisão do contrato decorrente do fato imprevisto que provocou a onerosidade excessiva a uma das partes; d) viabilizar um novo regime de cumprimento contratual equilibrado para ambas as partes contratantes (Martins-Costa, 2010, p. 14-15).

Para Martins-Costa (2010, p. 15-16), não pairam dúvidas acerca da aplicação da cláusula de renegociação enquanto validade e utilidade no ordenamento jurídico pátrio. Há quem defenda a aplicação da respectiva cláusula, nos termos dos artigos 317, 478 a 480 do Código Civil, no entanto, o fundamento não se encontra em dispositivo de Lei, mas pela autonomia da vontade e liberdade contratual (Martins-Costa, p. 16). Nesse sentido, “(...) é lícito as partes estipularem contratos marcados pela atipicidade, sendo a liberdade de modelação do conteúdo contratual e a liberdade de forma concreções do princípio da liberdade contratual (Martins-Costa, 2010, p. 16)”.

Nesse contexto, plenamente cabível estipular cláusulas negociais em contratos de longo prazo, a exemplo na estipulação da cláusula da negociação colaborativa/advocacia colaborativa em contratos de franquia (contratos a longo prazo), em virtude de

⁴¹² Importante ainda, a observação pela distinção entre as expressões renegociação e revisão, de forma a não confundir o intérprete quando de sua análise. A renegociação advém da autonomia e liberdade das partes no ato de contratar, enquanto a revisão, se traduz de um ato provocado pelo poder estatal ou arbitral, na decisão decorrente de um conflito estabelecido. Respectiva revisão, pode vir precedida de uma (re)negociação (Ibid., 2022, p. 36).

circunstâncias inesperadas (contingências), que poderão surgir de adversidades provocadas pelo clima, política, economia.

O fato de renegociar é uma cláusula aberta, que permitirá o uso da técnica da advocacia colaborativa (*collaborative law*), em toda e qualquer contingência, sem a necessidade de estabelecer de forma rígida, as situações fáticas que poderão se enquadrar para fins de renegociação, até porque, tarefa hercúlea ou impossível, taxar hipóteses de renegociação na respectiva cláusula⁴¹³.

Portanto, em que pese os posicionamentos no sentido de identificar como imprevisíveis, os fatos que permitirão a eficácia, para aplicação da cláusula *hardship*, não é pretensão do presente tópico, incluir a negociação colaborativa/advocacia como cláusula prévia negocial, como uma espécie ou até mesmo enquadrada como cláusula *hardship*, mas sim, ilustrá-la, como mais uma hipótese de cláusula negocial prévia (de renegociação), em paralelo de aplicação e eficácia, ao formato de cláusulas de negociação em contratos a longo prazo.

Nesse aspecto, existente cláusulas negociais prévias, sob o formato *hardship*, ou pelo formato da negociação colaborativa/advocacia em contratos de franquia, e, diante de fatos que provoquem a disparidade do cumprimento no decorrer das relações contratuais a longo prazo, deve-se aplicar a renegociação de suas condicionantes, para efeito de paridade das partes nos termos contratuais inicialmente propostos.

É cediço que a cláusula *hardship* é comumente aplicável em contratos internacionais, contudo, respectiva execução e incidência de efeitos, guarda similitudes interessantes aos propósitos da presente tese. A primeira semelhança, pela ideia de pactuação prévia em atenção a autonomia da vontade das partes. A segunda identidade, o fato de permitir a renegociação de situações fáticas, quando da existência de contingências. O terceiro, e não menos importante, o fato de estar tratando com partes contratantes em espécies de tratativas a longo prazo, com cumprimento de relações que se prolongam no tempo. O quarto, dada a natureza de um contrato que se perpassa pelo tempo, em ato continuado, a negociação como hipótese de

⁴¹³ Entende-se por aplicação equiparada, que as cláusulas *hardship*, aplicam-se tanto a circunstâncias de fato imprevisíveis, quanto a situações fáticas, que apesar de ter a possibilidade de previsão, provocaram consequências imprevistas, ou efeitos relevantes que culminaram no desequilíbrio contratual. O importante, é pressupor uma cláusula que condicione as partes, o dever de renegociar, diante da existência de fatos futuros, que imprevistos ou previstos, possam culminar na aplicabilidade prática de não continuidade do contrato, o que implicará, na hipótese de renegociação, e estipulação de novo regime, viabilizando o principal efeito, qual seja, a permanência das relações empresariais (Ibid., 2022, p. 40).

manutenção da relação e confiança empresarial vivenciada pelas partes⁴¹⁴.

A partir de tais argumentos, utilizou-se como ilustração/exemplificação teórica, a demonstração da cláusula *hardship*, como hipótese de cláusula contratual de renegociação prévia a atuação da resposta adjudicada ou arbitral, notadamente, para efeito de justificar por viável, a aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, como cláusula prévia em contratos de franquia, em resposta a franca manutenção das relações empresariais dos contratantes, propiciando o respaldo econômico, jurídico e social, da permanência de vínculos contratuais, em resposta a responsabilidade social da empresa, adiante tratada.

Passa-se a discorrer, sem qualquer pretensão de esgotamento da pesquisa na seara dos tribunais, posicionamentos ilustrativos relevantes que tratam do tema de proposta da tese.

5.4 | POSTURA E COMENTÁRIOS SOBRE AS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS A RESPEITO DA SUBMISSÃO DA NEGOCIAÇÃO PRÉVIA: UMA INTERPRETAÇÃO ANÁLOGA

Entende-se pertinente, como hipótese de fortalecimento das propostas até então defendidas, a ilustração, sem esgotamento do tema, do posicionamento de decisões dos Tribunais, acerca da viabilidade de inclusão de cláusulas prévias de negociação em contratos, como forma de resposta consensual, aos conflitos criados pelas partes contratantes.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em oportunidades distintas, mas tratando de casos análogos, abordou o tema acerca das cláusulas negociais prévias de forma convergente, ao entender que a cláusula de mediação prévia, não obriga as partes ao comparecimento de sessão de mediação, por entender que a

⁴¹⁴ Nesse sentido, a cláusula de *hardship* se aperfeiçoa como um instrumento de conservação do contrato, uma forma de readaptação do conteúdo contratual, consubstanciada pela obrigação das partes em renegociar os termos contratuais prévios, um instrumento que não se restringe meramente a minoração de riscos econômicos, mas com a natureza funcional (social) e de justiça contratual (Glitz, 2005, p. 162) (GLITZ, F. E. Z. Uma leitura da contemporaneidade contratual: lesão, cláusula de *hardship* e a conservação do contrato. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito (Setor de Ciências Jurídicas) Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/34219?show=full>. Acesso em: 07 ago. 2024).

voluntariedade enquanto princípio deva prevalecer, inobstante qualquer obrigatoriedade disposta em cláusula contratual⁴¹⁵.

Em análise cronológica, nos autos de Apelação Cível n. 1025238-94.2016.8.26.0114, de Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini, no voto de n. 24925, proferido perante a 1^a Câmara Reservada de Direito Empresarial, trata-se de ação originária de obrigação de fazer cumulada com perdas e danos, em razão de descumprimento de cláusula contratual societária por parte de um dos sócios (São Paulo, 2020).

Na ocasião, o Juízo de primeira instância extinguiu a fase de conhecimento sem análise de mérito, por ausência de interesse processual dos autores (sócios), por entender que, diante de cláusula contratual, que estipulava a existência de mediação prévia, para dirimir conflitos oriundos do contrato em apreço, e, inexistente a demonstração nos autos de evidências da tentativa de autocomposição prévia entre as partes contratantes (sócios), a medida determinada se fazia pertinente ao caso em tela (São Paulo, 2020).

O Tribunal, consoante a descrição acima delineada nos autos de apelação cível, reformou a decisão de primeira instância, por entender que nos autos, em documento anexado pelos autores, havia comprovação de notificação extrajudicial por parte dos Autores em face do Réu-sócio, sob a advertência de que “(...) o não atendimento à presente notificação será interpretado como falta de interesse para um acordo amigável (São Paulo, 2020, p. 7).

Inexistente manifesto interesse na esfera extrajudicial pela parte Ré, quanto ao interesse pela autocomposição, e, com fundamento no artigo 2º § 2º da Lei de mediação, que prevê a não obrigatoriedade das partes, a se submeterem ao procedimento de mediação, o relator conheceu do Recurso, para efeito de provimento do recurso de

⁴¹⁵ O posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entende que a cláusula de mediação, entabulada de forma prévia, não pode ser confundida com as cláusulas convencionais da Lei de arbitragem (Cláusula compromissória), se posicionando que respectiva cláusula não poderia motivar a extinção do processo por ausência de interesse da parte, sob o argumento de não submissão prévia a negociação. A decisão foi proferida em Recurso de Apelação n. 1012525-73.2023.8.26.0007, de Relatoria do Des. Issa Ahmed, na 34^a Câmara de Direito Privado, com julgamento em 11 de Julho de 2024 (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1012525-73.2023.8.26.0007. APELAÇÃO.** Prestação de serviços para implementação de software. Ação de rescisão contratual cumulada com reparação de danos. Cláusula compromissória de mediação. Extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inc. VII, do Código de Processo Civil – CPC. Irresignação da empresa autora (Contratante). [...]. Relator: Des. Issa Ahmed, 11 de Julho de 2024. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=18094862&cdForo=0>. Acesso em: 11 ago. 2024).

apelação, anulação da sentença, e fiel prosseguimento do feito ((São Paulo, 2020, p. 8-9).

Outro julgado, em contrato de franquia, nos mesmos moldes do caso anterior, nos autos de Apelação Cível n. 1091214-22.2018.8.26.0100, da lavra do Relator Desembargador Jorge Tosta, voto proferido perante a 2^a Câmara Reservada de Direito Empresarial. Na primeira instância, o juízo extinguiu o processo sem resolução de mérito, por carência de ação (ausência de interesse processual), diante da cláusula contratual obrigatória de mediação prévia (São Paulo, 2021).

No voto, o Relator, por entender que a cláusula é ineficaz, e, por entender violado o princípio do acesso à Justiça e da voluntariedade da mediação, se manifestou no sentido de que, não há que se confundir a cláusula de mediação prévia (voluntária), com a cláusula compromissória, decorrente da Lei de arbitragem (obrigatória) (São Paulo, 2021).

Nesse sentido, por não se tratar do exemplo de cláusula escalonada *med-arb*, “(...) a qual prevê a mediação como procedimento prévio ao procedimento arbitral, instituído através de cláusula promissória” (São Paulo, 2018, p. 6), diante da voluntariedade inerente a cláusula de mediação, as partes não são obrigadas, a permanecerem a procedimento prévio de mediação, o que não configuraria a ausência de interesse processual, a submissão e eventual conflito, diretamente a resposta adjudicada (São Paulo, 2021).

Para confrontar os posicionamentos do Tribunal paulista, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos autos de Apelação Cível n. 1668801-0 (processo de origem n. 0001233-28.2013.8.16.0043 de ação declaratória de nulidade de sentença arbitral), defendeu o posicionamento da autonomia da vontade das partes, e, a adoção de procedimentos adequados de solução de controvérsias, em detrimento da submissão direta a resposta adjudicada (Paraná, 2017).

No trecho do acórdão, de relatoria do Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira (7^a Câmara Cível), a sentença arbitral foi anulada, em razão de não observância de etapa prévia de solução amigável entre as partes litigantes (Paraná, 2017). No contrato (atividades de operação portuária) entabulado entre as partes (Interpostos Ltda. e Terminais Portuários da Ponta do Féliz S.A.), estabelecia em cláusula contratual, a submissão das partes contratantes, antes da submissão formal da heterocomposição (pela via arbitral), a tentativa de solução amigável através de reuniões no prazo de 30 dias (Kulesza; Pedroso; Vieira, s.d.).

Nesse sentido, instaurado o procedimento arbitral, foi considerado pelos árbitros, a existência de notificação prévia pela empresa Interportos em face da Ponta do Félix, e, portanto, evidenciado o descumprimento da forma solução amigável prévia pela parte, tornando-se superada a fase prévia negocial (Kulesza; Pedroso; Vieira, s.d.).

Em Juízo, o Tribunal entendeu a necessidade imperativa, de antes da instituição da arbitragem, a observância ao disposto na cláusula 14, que previa por acordo de vontade das partes, a submissão de solução amigável por intermédio de reuniões entre as partes (Paraná, 2017). Como as cláusulas 14 e 15 do contrato não foram respeitadas, vez que, não havia comprovação nos autos, da ciência formal da Apelante (Ponta do Félix) para participação de reuniões prévias, o Tribunal se manifestou no sentido do conhecimento, e consequente provimento do recurso de apelação, para efeito de anular a sentença arbitral proferida, em razão da inobservância de disposição contratual expressa que determinava a submissão prévia, a procedimentos consensuais de solução de controvérsias (Paraná, 2017)⁴¹⁶.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em julgados tratando de temáticas distintas, reverbera pela necessidade da consensualidade, quando, na hipótese de previsão contratual, determine-se a necessidade de negociação prévia, antes de qualquer submissão a solução adjudicada.

Nos casos em apreço, respectivamente, Agravo de Instrumento n. 2014.059939-7, lavrado pela Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta (3^a Câmara de Direito Civil)⁴¹⁷, e Apelação Cível n.

⁴¹⁶ Na decisão, consta parte do conteúdo da cláusula 14, que previa a seguinte estipulação: “(...) “Antes de dar início a procedimentos formais de solução de controvérsias, as Partes comprometem-se, em primeiro lugar, a tentar resolvê-las amigavelmente [...]” (Cláusula 14 do Contrato de Operação Portuária). Eis ainda, a descrição do relator no voto, para fins de demonstrar a ausência de ciência de uma das partes, a tentativa de negociação prévia, nos seguintes termos: “(...) Conforme alegado no apelo, verifica-se nos autos que a apelada não comprovou ter notificado, em 02 de junho de 2011, a apelante para propor uma solução amigável para a rescisão contratual” (PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1668801-0**. Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de sentença arbitral. Demanda julgada improcedente. Irresignação da requerente. Preliminar de apelação (agravo retido interposto na vigência do CPC/1973). Cerceamento de defesa. Inexistência. Preliminar afastada. Mérito recursal. Inobservância das regras contratuais (autonomia da vontade) e dos princípios que regem o procedimento arbitral (art. 32, VIII, Lei de Arbitragem) [...]. Relator: Des. Ramon de Medeiros Nogueira, 22 de agosto de 2017. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12418993/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1668801-0#integra_12418993. Acesso em: 11 ago. 2024).

⁴¹⁷ Em referência, na presente hipótese, trata-se de reajuste de valores contratuais em plano de saúde, a decisão em agravo de instrumento afastou respectivo reajuste em face dos beneficiários do respectivo plano, de forma a atingir de forma menos gravosa as partes contratantes, e, ao mesmo tempo, evitar a ruína dos beneficiários do plano. Na

2013.073226-2, de relatoria do Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior (6ª Câmara de Direito Civil)⁴¹⁸, demonstram-se a evidência de não comprovação nos autos, de tentativa de negociação prévia na via administrativa negocial.

Tais decisões, em questões processuais e de mérito tratando de temáticas distintas, deixam em evidência, o descumprimento das partes a cláusula contratual específica, que determinava às partes, o exato cumprimento das partes, a tentativa de negociações prévias, para efeito de posterior submissão do conflito, a resposta jurisdicional.

Em complemento, na ilustração de julgado das Cortes Superiores, colhe-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial de n. 1331100/BA, sob a relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti (Quarta Turma), em ação de execução específica de cláusula arbitral em acordo de acionistas (Brasil, 2015).

O Tribunal de origem, entendeu no mérito, que dentre as opções de adoção da mediação ou arbitragem como alternativas à solução de controvérsias surgidas entre os acionistas (cláusula prevista em contrato), e o permissivo ajuizamento de ação judicial (execução

oportunidade, trecho do acórdão ressalta que, “(...) a cláusula 6ª, parágrafo primeiro do contrato entabulado entre as partes, dispõe sobre a necessidade de ajuste prévio entre a contratante (associação), contratada (estipulante) e a prestadora (Unimed), todos em conjunto. No entanto, apesar de dizer que se fazem necessárias discussão e negociação prévias, bem como que essas teriam ocorrido, prova alguma veio aos autos nesse sentido” (Santa Catarina, 2015) (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2014.059939-7.** Plano de saúde coletivo. Reajustes exorbitantes do valor da mensalidade em decorrência do aumento da sinistralidade. Ausência de prova do elevado acréscimo na utilização dos serviços, bem como dos parâmetros que respaldam tais acréscimos. Necessidade de negociação prévia entre a seguradora, administradora estipulante e contratante (beneficiários) prevista na cláusula 6ª, § 1º, do contrato firmado entre as partes. inocorrência [...]. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 12 ago. 2024).

⁴¹⁸ A título de ilustração, a competência da Justiça do Trabalho foi afastada, em razão da questão processual principal, se tratar de cobrança da diferença de valores de prestação de serviços (valores hora de trabalho prestado). Todo e qualquer valor reajustado correspondente a prestação de serviços entre os contratantes, nos termos da cláusula 2.2, previa a necessidade de negociação prévia entre os litigantes. Trechos do acórdão demonstram em destaque, a necessidade de obediência a liberdade de contratar e autonomia da vontade das partes, ao descrever que “(...) não obstante a liberdade das partes para contratarem (artigo 421 do Código Civil), bem como em atenção ao princípio do equilíbrio contratual, não se vislumbra ilegalidade passível de correção nos termos dos contratos carreados”. Nesse sentido, em que pese o mérito contratual do julgado, tratar da prescrição da cobrança, fica evidente a obediência ao pactuado pelas partes (Santa Catarina, 2014) (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2013.073226-2.** Apelação cível. Cobrança. Contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas. Cláusula de reajuste visando equilíbrio contratual vinculada a alteração salarial de categoria profissional de funcionários da apelante. Dependência de prévia negociação. Inéria da apelante. interpelações não comprovadas. [...]. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 12 ago. 2024).

específica), no sentido de suspensão ou cancelamento do registro de transferência de ações, a melhor medida a ser adotada, seria no sentido de convocação das partes, para que previamente, decidam entre a arbitragem ou a mediação para efeito de solução da controvérsia, e, em ato subsequente, na hipótese de infrutuosidade da autocomposição escolhida, o judiciário sentenciar o impasse pela via da resposta adjudicada (Brasil, 2015, p. 4-5).

Do contexto da decisão do Tribunal de origem, o Superior Tribunal de Justiça, ao estabelecer a tese de discussão do acórdão em Recurso Especial, elencou como premissa, se do litígio instaurado entre as partes, caberia a justiça estatal analisar o conflito, ou, se seria hipótese de suspensão da ação judicial, para que a questão fosse apreciada por outras formas de solução de conflito (Brasil, 2015, p. 13).

Ao caso em concreto, o contrato entabulado entre as partes não previa hipótese de cláusula escalonada, mas as expressões mediação ou arbitragem e do mesmo modo, a via judicial para se dirimir os conflitos decorrentes da avença contratual (Brasil, 2015, p. 16). Nesse sentido, a relatora entendeu que a cláusula arbitral passível de execução forçada, deve se manifestar expressa e inequívoca nos contratos, submetendo a controvérsia ao árbitro no sentido legal do termo (Brasil, 2015, p. 17). Portanto, ausente cláusula arbitral no sentido legal do termo, uma vez que o contrato previu três hipóteses de solução de litígios, não há cláusula compromissória, sequer cláusula vazia, que autorize às partes, à submissão forçada da arbitragem (Brasil, 2015, p. 21).

Com o voto vencido da Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, e, em parte do Ministro Antonio Carlos Ferreira, e, com os votos divergentes ao da relatora, os Ministros Raul Araújo, Marco Buzzi e João Otávio de Noronha, em suma, consideraram a cláusula discutida no contrato, como cláusula compromissória (vazia), e, portanto, sujeita a apreciação pela via da lei de arbitragem (Brasil, 2015, p. 96).

Consoante a ementa do acórdão em questão, definiu-se o posicionamento de que, a ausência de maiores detalhes acerca do uso de mecanismos de solução de controvérsias como cláusula prévia (se mediação ou arbitragem), não torna inválida a deliberação originária do pacto estabelecido entre as partes, traduzindo-se, para o caso em apreço, a intitulada cláusula vazia (aberta), modalidade prevista nos termos do artigo 7º da Lei n. 9.307 de 1996 (Brasil, 2015).

Como complemento, e para a defesa da proposta que ora se apresenta na tese, vale trazer a sequência lógica das premissas utilizadas na ementa do julgado, ao descrever que a Lei de arbitragem é prestigiada no ordenamento brasileiro, ante o convívio harmônico da arbitragem e da atuação estatal do poder jurisdicional (Brasil, 2015).

Portanto, conclui o julgado, que não se pode ter como hipótese, a ideia da exclusividade da arbitragem, como via estreita para a solução de todos os conflitos e matérias. Admite-se a cláusula compromissória, como pactuação de reserva ou excepcional de matérias que poderiam ser submetidas ao Judiciário, reiterando-se ainda, que a estipulação da mediação, como alternativa na cláusula compromissória (cláusula escalonada) não torna a torna nula (Brasil, 2015). Estabelecida a cláusula compromissória, as partes não estão impedidas de fazer uso de outros mecanismos de solução de disputas, representados pela conciliação ou mediação (Brasil, 2015).

Do contexto apresentado pelos posicionamentos até então colacionados, reitera-se, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, até porque para fins de ilustração acerca do tema negociação prévia, conclui-se a partir dos aportes teóricos das decisões, o respeito do poder jurisdicional, aos preceitos dispostos pela Lei de arbitragem.

Portanto, estabelecido em contrato, cláusula compromissória, ou hipótese de pactuação do compromisso arbitral, a regra que se perfaz, é pelo afastamento da apreciação da resposta adjudicada, para que então, a controvérsia seja submetida ao tribunal arbitral competente. Até aqui, não se observam objeções, até porque a norma cogente é amplamente difundida e deve ser respeitado pelo poder jurisdicional competente.

O ponto de destaque, e que se advoga em favor na presente tese, se deve ao fato, do respeito do Poder Jurisdicional, e, principalmente das partes, quando da existência de cláusula negocial prévia, do respeito aos direitos elencados no contrato, para que se perpassse de forma antecedente as via negociais, e, na hipótese de infrutuosidade, ou negativa expressa de vontade a via negocial, possam as partes submeter o conflito as vias subsequentes da heterocomposição (arbitral ou judicial).

Trata-se aqui, do apelo em razão do respeito das partes contratantes, e de terceiros vinculados ou futuramente vinculados a tratativa, em obedecer de forma imperativa, as convenções previamente estabelecidas, por considerar o contrato e respectivas pactuações, fonte do direito.

Deve o poder estatal na figurado do jurisdicionado, e até mesmo o tribunal arbitral como autoridade investida, afastar a ideia de que a negociação constante de cláusula prévia, é mera figura convencional, e, portanto, facultativa, a ponto de torná-la irrelevante sob o plano de afastamento de apreciação e direta submissão as vias jurisdicionais.

O poder jurisdicional e arbitral são responsáveis por velar os preceitos dispostos na Constituição Federal, quando na realidade, encontram-se diante da política pública em prol de formas

consensuais de solução de conflitos, notadamente na popular expressão de uma cultura em prol da consensualidade.

Extrai-se como fundamento, palavras dissertadas em artigo, da lavra do saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Delgado, ao difundir que “(...) a solução dos conflitos é o objetivo maior a ser alcançado pelo Estado brasileiro” (Delgado, 2001, p. 19), ao proporcionar aos administrados, uma convivência baseada na harmonia social e na solução pacífica de controvérsias.

Complementa, em análise ao que ora se defende na presente tese, comparando a Lei de arbitragem (artigo 1º da Lei 9.307 de 1996)⁴¹⁹, e o artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal (infastabilidade jurisdicional), no dispositivo referente a arbitragem, há uma faculdade dirigida ao cidadão, em contratar e dispor de seu patrimônio, a livre manifestação de vontade do cidadão, respeitando fundamentos democráticos do Estado de Direito, elencados no artigo 1º incisos II e III da Constituição Federal, a exemplo da cidadania e a dignidade da pessoa humana (Delgado, 2001, p. 20).

Pontua em tese, que a solução de conflitos de forma alternativa, por intermédio da via processual da arbitragem, em controvérsias sob o plano patrimonial (direito disponível), “(...) constitui um direito subjetivo fundamental do cidadão e que merece apoio de toda a comunidade jurídica” (Delgado, 2001, p. 20).

Nesse contexto, a conclusão que se retira, na tese em favor do uso da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, como cláusula prévia limitativa em contratos de franquia, na perspectiva em que, as partes, de forma livre e dentro da respectiva autonomia que lhe é inerente nas relações empresariais envolvendo direitos disponíveis, possam submeter de forma prévia, a análise dos conflitos ao instituto da negociação.

Ao poder jurisdicional e arbitral, na evidência de cláusulas negociais, pela opção escalonada, ou até mesmo isolada, há um dever de cumprimento aos preceitos constitucionais de cidadania e

⁴¹⁹ Há uma defesa no texto, ao considerar a arbitragem, bem como as demais formas consensuais de solução de conflitos, como direito processual de quarta geração. Na ilustração, a primeira geração mais formalista, no intuito de proteção a segurança jurídica. A segunda geração, um sistema que tentou de forma frustrada, quebrar a barreira da burocracia processual (comprometido com o apanhado de provas e com a justiça da decisão). A terceira geração, no enfoque a ações coletivas (proteção aos direitos difusos). A quarta geração, por fim, onde o autor situa a arbitragem, a aplicação de instrumentos voltados a solução alternativa de disputas, “(...) uma nova era do direito processual que necessita evoluir até alcançar os denominados Tribunais de Vizinhança” (Delgado, 1995, p. 13) (DELGADO, J. A. A arbitragem: direito processual da cidadania, **Revista Jurídica**, São Paulo, ano 49, n. 282, p. 5-18, abr. 2001. Disponível em: <https://legov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29760-29776-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2024).

dignidade da pessoa humana, em respeitar a consensualidade e voluntariedade das partes, em relação aos pactos prévios.

Como dito, ultrapassada a fase negocial prévia de forma inexitosa, ou até mesmo, comprovado o desinteresse expresso de uma das partes, ou de ambas, em relação ao procedimento negocial prévio, o poder estatal (jurisdicional) ou arbitral, poderá intervir no conflito, provocando, *in casu*, eficácia e força vinculante dos pactos contratuais previamente dispostos.

5.5 | A NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA LIMITATIVA A HETEROCOMPOSIÇÃO: UMA PROPOSTA EM PROL DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

Diante do que foi apresentado, por derradeiro, torna-se indispensável descrever aportes teóricos, que torna satisfatória a proposta até então apresentada: possibilitar a aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa em contratos de franquia de forma prévia, como medida adequada em favor da responsabilidade social das empresas.

Isso significa dizer, que o viés de instrumentos favoráveis a solução de conflitos, não se deve restringir como medida eficaz destinada somente as partes contratantes, mas (in)diretamente, ao contexto que dela faz parte sob uma perspectiva social, de governança e ambiental.

Externalizar os benefícios de uma solução de controvérsia empresarial, notadamente aos contratos de franquia, é trazer à tona, os efeitos da responsabilidade social corporativa das empresas envolvidas, no processo de socialização do empreendimento, instrumento de cidadania empresarial, focada primordialmente, no alcance dos fundamentos (artigo 1º incisos II e III) e objetivos fundamentais (artigo 1º inciso I) encartados na Constituição federal (Brasil, 1988).

De forma introdutória, para estabelecer uma concepção da expressão responsabilidade social corporativa ou empresarial (RSC – RSE), indispensável traçar abordagens teóricas acerca da teoria dos *stakeholders*, bem como da responsabilidade social empresarial.

Em breve análise, a etimologia da palavra *stakeholder* advém de um neologismo de cultura anglo-saxônica, qualificada como grupo de interesses, partes interessadas ou intervenientes (Lopes, 2015, p. 9). A expressão se contrapõe ao termo *stockholder* ou *shareholder* que se traduz pelo termo acionista, e, utilizando-se do jogo de palavras *stake*

(estaca – parte) e *holder* (titular – dono), pretendia-se demonstrar que existem outras partes (*stakes*) interessadas no processo de organização empresarial, além dos próprios acionistas (Lopes, 2015, p. 10).

Enquanto significado teórico, tecnicamente a mais noticiada é a proposta de Freeman (1984, tradução nossa), que dispõe a figura do *Stakeholder* como um indivíduo qualquer que tenha possibilidade de interferir ou afetar nos objetivos de uma atividade empresarial (organizacional), ou que possa ser afetado pela busca dos objetivos nas atividades organizacionais.

Respectiva expressão conceitual, em virtude da generalidade que lhe é inerente, motivou a evolução dos conceitos ao longo dos anos, a ponto de o próprio autor do conceito clássico, mencionar em novos escritos (Lopes, 2015, p. 11), a necessidade das empresas, de criarem valor através dos *stakeholders*, e, em favor dos mesmos, ao ponto de considerar que ninguém está sozinho no processo de crescimento das organizações (Parmar *et al.*, 2010, tradução nossa).

Nas disposições da teoria clássica, a empresa estaria no centro de toda a atividade, ocasião em que os interessados (*stakeholders*), representados por clientes (consumidores), concorrentes, governo, fornecedores, comunidade local, empregados e o meio ambiente estariam no entorno circular da organização (Freeman, 1984, p. 25, tradução nossa)⁴²⁰.

Sem que se adentre aos propósitos teóricos de camadas dos interessados, e ordem de preferência primária/subsidiária na cadeia de relação com a atividade empresarial, é indispesável concluir que todos os órgãos externalizados (interessados), afetam e são afetados pelos efeitos decorrentes da atividade empresarial.

Em que pese uma abordagem teórica qualificada e evolutiva acerca do tema, indispesável analisar que a teoria dos *stakeholders* é objeto de crítica, em virtude da impossibilidade de se aferir com precisão, quais seriam os realmente interessados na respectiva cadeia de afetação da atividade empresarial (Lopes, 2015, p. 53)⁴²¹.

⁴²⁰ Nesse sentido, a descrição literal do texto: “(...) *Stakeholder* = *Any group or individual who can affect or is affected by the achievement of the firm's objectives. The groups listed here are examples of categories of stakeholders*” (FREEMAN, R. E. **Strategic Management**: a stakeholder approach. 1. ed. London – United Kingdom: Pitman Publishing Inc, 1984).

⁴²¹ Destacam-se como críticas, além da dificuldade de se identificar objetivos com clareza na aferição dos *stakeholders*, outros aspectos relevantes que atacam a teoria, quais sejam, a negação dos direitos de propriedade, a falta de governança corporativa, a retórica utilizada por governantes e pesquisadores na discussão do tema (Silveira; Yoshinaga; Borba, 2005, p. 40) (SILVEIRA, A. Di M. da; YOSHINAGA, C. E.; BORBA, P. da R. F. Crítica à teoria dos Stakeholders como função-objetivo corporativa, **Caderno**

Por sua vez, a responsabilidade social corporativa ou empresarial (RSC –RSE) é identificada pela doutrina, como instituto de construção com grandes dificuldades de se estabelecer uma definição precisa (Lopes, 2015). Originariamente noticiada no início do século XX, a RSC caminhou de forma relevante no empirismo a partir dos anos 80, e se aperfeiçoou nos anos 90, com a integração na teoria dos *stakeholders*, traçando na atualidade (sec. XXI), novas perspectivas e desafios, com foco na sustentabilidade (Lopes, 2015, p. 58).

No ano de 2001, a Comissão das Unidades Europeias, publica o intitulado Livro Verde, aplicando uma definição para a responsabilidade social das empresas como “(...) a integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na sua interação com outras partes interessadas” (Comissão das Unidades Europeias, 2001). Não se trata, portanto, de desenvolver a atividade empresarial pautado em aspectos legais estritamente. Trata-se, de ir além do tecnicismo da atividade empresarial profissional, para um investimento em capital humano, no ambiente, e nas relações com outras partes interessadas (comunidades locais) (Comissão das Unidades Europeias, 2001, p. 7)⁴²².

A responsabilidade social representa, portanto, uma integração voluntária de preocupações sociais e ambientais na atividade empresarial, provocados pela necessária interação com *stakeholders* (Frazão, 2017, p. 207).

Para Cortina e Conill (2014, tradução nossa), entender a responsabilidade social é superar a divisão tripartide entre Estado, sociedade civil e terceiro setor (organizações solidárias ou cívicas). Trata-se de uma atividade em que: a) o Estado não pode ser considerado o único agente controlador; b) os três setores atuam em conjunto, tornando-se inviável separá-los; c) o cidadão, as famílias, compõem um conjunto nuclear na sociedade, de forma que não há

de Pesquisas em Administração, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 33-42, jan-mar 2005. Disponível em: https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/claudia_emiko_-critica.pdf. Acesso em: 18 ago. 2024).

⁴²² Nesse sentido, a Comissão defende que o conjunto de empresas, que atingiu a meta de bons resultados sociais e ecológicos, provocam resultados positivos no crescimento, desempenho e capacidade de gerar lucro. Os resultados positivos da responsabilidade social, impactam no melhor ambiente de trabalho, gerando consequências no melhor rendimento dos colaboradores, mais eficácia, e melhor distribuição no uso dos recursos da empresa (Comissão das Unidades Europeias, 2001, p. 7-8) (COMISSÃO DA UNIDADES EUROPEIAS. Livro verde: promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, Bruxelas, 2001. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20020416/doc05a_pt.pdf. Acesso em 1 ago. 2024).

como incluí-los somente em um dos setores (Cortina; Conill, p. 18, tradução nossa).

Uma empresa é socialmente responsável, quando promove o desenvolvimento de práticas transparentes (ex)internamente, na realização de um diálogo contínuo de maneira sustentável⁴²³ e constante na atualidade, mantendo o consenso dialético de forma ética e transparente entre os envolvidos (Begoña; Rocío, 2016). Assim, os valores éticos lubrificam as peças, que fazem parte da engrenagem de uma empresa, incluindo o corpo direutivo, o que provoca uma conexão cristalina entre empresa e sociedade (Begoña; Rocío, 2016). Para tanto, desenvolve-se a fórmula da Responsabilidade Social da Empresa representada por: Transparência (valor) x Comunicação (estratégias/ferramentas) = imagem (percepção), confiança (sentimento), reputação (reconhecimento)⁴²⁴ (Begoña; Rocío, 2016, p. 38, tradução nossa).

Em complemento, importante estabelecer o panorama reconstrutivo da normatividade da responsabilidade social, sob uma perspectiva que contempla os fenômenos pertinentes ao ordenamento jurídico, e, por outro lado, os voltados a fundamentos jusfilosóficos de normatividade ética (Oliveira; Gunther, 2021, p. 40).

Nesse contexto, a responsabilidade como visto, se expande enquanto efeitos para além da normatividade enquanto fundamento legal⁴²⁵, englobando uma perspectiva de normatividade promocional, incentivando através da norma jurídica, a promoção, para a realização de direitos sob uma esfera de natureza social, uma normatividade

⁴²³ Importante apontar o consenso de Frazão (2017, p. 209), na ideia de adoção de políticas públicas abordadas por Amartya Sen como liberdades instrumentais, ao dizer que a responsabilidade social transcende a atividade empresarial, de forma a ampliar o objeto social da empresa, ao passar a tratar de forma interativa com políticas públicas de forma ativa, colaborando para o desenvolvimento sustentável (FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 209).

⁴²⁴ Essa reputação e reconhecimento intitulada por “ganho reputacional” por Frazão (2017), deve ser vista com cautela, e observada como uma forma de se evitar “utilizações meramente cosméticas da responsabilidade social”, no sentido de se auferir tão somente vantagens econômicas, sem que se esqueça que o pano de fundo que cobre a atividade empresarial é a responsabilidade da empresa em favor da sociedade (Ibid., 2017, p. 210).

⁴²⁵ Os autores Oliveira e Gunther (2021, p. 41), destacam com clareza, a aplicação ilustrativa legal respectivamente, do artigo 154 § 4º da Lei 6.404 de 1976, atribuindo poderes a diretoria ou conselho de administração, poderes para a prática de atos voluntários em benefício dos empregados e da comunidade que participe da empresa, bem como, a Lei n. 13.709 de 2018, na exemplificação de que a regulação jurídica da responsabilidade social da empresa no Brasil, assume um caráter promocional (OLIVEIRA, F. C.; GUNTHNER, L. E. Responsabilidade social da empresa, pandemia e o direito brasileiro entre liberdade e solidariedade, Revista Brasileira de Direito Empresarial, v. 7, n. 2, p. 39-57, Jul./Dez. 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/8223/pdf>. Acesso em 20 ago. 2024).

denominada ética “(...) apostava no engajamento das empresas em ações de responsabilidade social” (Oliveira; Gunther, 2021, p. 43).

Essa tendência cidadã, de estender uma política social corporativa em benefício do bem comum, se traduz na conversão da preocupação do palco de conflitos entre acionistas e gestores (função social da empresa), para uma expansão do palco intramuros, qual seja, a configuração da responsabilidade social, nela compreendida por uma transcendência do objeto social da empresa, em uma interatividade com políticas públicas ativas, como forma de colaboração ao desenvolvimento sustentável (Frazão, 2017, p. 209)⁴²⁶.

Nesse contexto, há um desafio considerável das empresas a ser transposto. Com efeito, permitir com que a empresa em respectiva atividade, seja realizável como função social e externalizada pela responsabilidade social. A empresa no ordenamento jurídico nacional, não se justifica *per si*, pelos seus acionistas e funcionários, mas na medida em que cumpre sua função social. Nesse sentido, “(...) a função social não lhe é externa, como um limitador da autonomia privada” (Silva; Knoerr, 2013, p. 445). Portanto, a responsabilidade social somente se justifica, pelo fato de que a função social lhe é inerente (intrínseca) no ordenamento brasileiro (Silva; Knoerr, 2013).

A partir da proximidade de identificação da teoria dos *stakeholders* e a Responsabilidade social da empresa, é preciso relembrar, que os *stakeholders* são os grupos de sujeitos e entidades, que influenciam e provocam influências nas atividades de uma sociedade empresarial.

A partir dessa premissa, *stakeholders* e responsabilidade social da empresa, são teorias que se complementam, sob uma configuração de intersecção positiva, no processo de resposta social da empresa, em relação aos seus influenciados e influenciadores (Lopes, 2015, p. 150). Considerando que a responsabilidade social é elaborada, executada/implementada, por e para os *stakeholders*, subentende-se que ditas ações de responsabilidade social são elaboradas e executadas pela administração em favor da empresa, financiadas por fornecedores (crédito), impostas por acionistas, condicionadas pelo

⁴²⁶ É preciso ilustrar contrapontos ao posicionamento até então apresentado, na consideração do professor Fabio Konder Comparato, quando desconsidera o caráter promocional da empresa, como instrumento de responsabilidade social, estabelecendo como defesa, a empresa capitalista, uma organização produtora de lucros, de forma que seu objeto, é o exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços, com o objetivo final de apuração e distribuição de lucros. Nesse sentido, “(...) no regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa” (Comparato, 1996, p. 44-45) (COMPARATO, F. K. Estado, empresa e função social, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, v. 732, p. 38-46, outubro/1996).

Estado, implementadas pelos colaboradores e destinadas aos consumidores e meio ambiente (Lopes, 2015, p. 150).

Em análise teórica, a teoria dos *stakeholders* caminha por três abordagens distintas: descritiva, instrumental e normativa. A primeira delas, preocupada com descrição do que acontece com a empresa (Lopes, 2015, p. 152), qual seja, a natureza da empresa, forma como os gestores pensam, como os membros do conselho pensam, como algumas empresas são administradas (Donaldson; Preston, 1995, p. 70, tradução nossa). A instrumental (opções), representada pela intersecção entre a gestão das partes interessadas, e a realização de objetivos corporativos (lucratividade, crescimento). Por fim, a normativa, na sugestão do que deve acontecer (Lopes, 2015, p. 152), traz a ideia axiológica da função da corporação, na identificação de diretrizes morais para a operação da gestão (Donaldson; Preston, 1995, p. 71, tradução nossa).

Sobre as abordagens apresentadas, a responsabilidade social empresarial se identifica com o viés normativo da teoria dos *stakeholders*, notadamente, na identificação da atividade empresarial sob uma perspectiva de conduta ética, um papel eminentemente moral e ético, voltado a princípios morais e filantrópicos, que possam externalizar, a realidade de ações sociais (Lopes, 2015, p. 152).

Nesse ponto, a teoria dos *stakeholders* contribui sobremaneira, para entender que as atividades de negócio em empresas voltadas ao capitalismo, podem ser alcançadas por uma conduta de maximização de riquezas, com ética na atividade empresarial, caminhando de forma paralela. Um trabalho sob a concepção da dimensão normativa, capaz de entender, que a atividade empresarial, caminha em passos largos, para o alcance da ética nos negócios.

Nesse sentido, a responsabilidade social corporativa, através de seus atores (partes/grupos interessados), por uma abordagem normativa, entende que o comportamento humano, reflete de forma significativa, para o alcance de uma conduta pautada em princípios éticos, no desenvolvimento da atividade empresarial social. A ética traz consigo, a ideia primordial, de que a atividade empresarial, acima da lucratividade e bem-estar, deve estar composta de valores (Freeman *et. al.*, 2010, p. 196, tradução nossa).

É dizer que o gestor deva atuar de forma retilínea, observando traços paralelos, que caminham regularmente dependentes entre si: um deles, pela maximização do lucro, ou outro, pela conduta ética e íntegra nos negócios.

Contudo, falar em ética empresarial, nos remete a pensamentos clássicos da filosofia, a exemplo no questionamento proposto por Lucca (2009, p. 334), quando propõe a relação do comportamento

ético e a atividade empresarial. Nesse sentido, questiona, qual a forma de se estabelecer uma relação entre ética e atividade empresarial, se, sob uma concepção histórica, Aristóteles fazia menção a atividade mercantil, como de finalidade lucrativa (*chrematisike* – atividade parasita)⁴²⁷?

Nesse ponto, observavam-se contrapontos entre ética e atividade empresarial, de maneira que, o lucro era visto como atividade de cunho exploratório, o que provocava certa confusão entre a filosofia e religião, a exemplo, na passagem épica, em que Jesus Cristo⁴²⁸ expulsou os vendilhões do templo (proibição canônica da cobrança de juros), como um ataque de forma indeterminada aos atos de comércio (Lucca, 2009, p. 334).

Por tal raciocínio, fruto de evoluções históricas, e, provocado com implantações de Códigos de Ética nas guildas medievais vinculadas a cada ofício de atividade mercantil, Adam Smith, na clássica obra a *Riqueza das Nações* do ano de 1776⁴²⁹, estabeleceu

⁴²⁷ No raciocínio proposto, a distinção entre a atividade empresarial econômica (*oikonomikos*) e a atividade parasita (*chrematisike*): “*Aristotle, who deserves recognition as the first economist (two thousand years before Adam Smith) distinguished two different senses of what we call economics; one of them, oikonomikos or household trading, which he approved of and thought essential to the working of any even modestly complex society, and chrematisike which is trade for profit. Aristotle declared such activity wholly devoid of virtue and called those who engaged in such purely selfish practices ‘parasites’.*” (Solomon, 1991, p. 354). Para ilustração, a tradução de Abranches (2004): “Aristóteles, que merece reconhecimento como o primeiro economista (dois mil anos antes de Adam Smith), distinguiu dois sentidos diferentes do que chamamos de economia; um deles, *oikonomikos* ou comércio doméstico, que ele aprovou e considerou essencial para o funcionamento de qualquer sociedade, mesmo que modestamente complexa, e *chrematisike*, que é o comércio com fins lucrativos. Aristóteles declarou tal atividade totalmente desprovida de virtude e chamou aqueles que se engajavam em tais práticas puramente egoistas de “parasitas” (Solomon, 1991, p. 354, tradução nossa) (SOLOMON, R. C. **Business Ethics**. A Companion to ethics: edited by Peter Singer. Great Britain, Blackwell Publishers, 1991. Disponível em: <https://dorshon.com/wp-content/uploads/2018/03/A-Companion-to-Ethics.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2024).

⁴²⁸ O pensamento que provocava a confusão entre filosofia e religião, rendeu dos pensamentos de Aristóteles sobre a prática parasita da atividade visando o lucro, até o Século XVII. Em observação, as ponderações de Solomon (1991): *This, on a large historical canvas, is the history of business ethics - the wholesale attack on business and its practices. Jesus chased the money-changers from the temple, and Christian moralists from Paul to Thomas Aquinas and Martin Luther followed his example, roundly condemning most of what we today honour as ‘the business world’.* Para ilustrar, a tradução: Esta é, a traços largos, a história da ética empresarial — o ataque generalizado aos negócios e às suas práticas. Jesus expulsou os vendilhões do templo, e os moralistas cristãos de S. Paulo a S. Tomás de Aquino e Martinho Lutero, seguiram o seu exemplo, condenando categoricamente a maior parte daquilo a que hoje prestamos homenagem como “o mundo dos negócios” (Solomon, 1991, p. 355) (Ibid. 1991).

⁴²⁹ (...) Adam Smith ao publicar a obra a *Riqueza das Nações*, iluminou todo o mistério sobre o mercado produtivo com apenas um lampejo: “O consumo é o objetivo e o designio único de qualquer produção”. Atualmente, as questões se dão sobre modelos produtivos e seus aspectos externos, sobre a perspectiva de crescimento e desenvolvimento econômico, a ética corporativa, a produção e o consumo conscientes,

uma nova forma de pensar, como reconhecimento fiel de um comércio e uma nova modulação da economia, transformando a atividade lucrativa (*chrematisike*), atividade fundamental para a sociedade moderna da época (Solomon, 1991, p. 355, tradução nossa).

Perpassando alguns séculos, Lucca (2009, p. 335) dispõe que uma das tentativas modernas de edificação da ética aos negócios, originaram-se nos Estados Unidos na década de 60, provocado por uma reação ao estado de desconfiança da população acadêmica nas Universidades, frente aos escândalos de corrupção, uso de informações privilegiadas, bem como ao explícito tráfico de influências.

A ética empresarial, aos poucos, foi objeto de várias indagações, dentre elas, na constante preocupação, se a sua atividade se constituiria ou não, bom negócio para as empresas?

Em análise geral, observam-se dois fatores que justificam o entrelace da ética, atividade empresarial e evolução econômica da empresa. Um deles, relacionado com a diminuição de custos referente ao controle, uma vez que, empresa comprometida com forte e saudável espírito ético, não dispõe de vigilância com produtividade e controle administrativo de seus empregados. Por sua vez, parte integrante do primeiro, diz respeito ao aumento da produtividade pelo seguinte substrato fático: dois trabalhadores, em atividade produtiva quebrando pedras. Ambos são indagados, do por que estão exercendo dita função? Um dos trabalhadores, responde esbravejante, que está executando (quebrando as malditas pedras), e, o outro, que está em vias da construção de um templo (Lucca, 2009, p. 338-339).

Tal exemplificação que compara a justificativa da atividade dos empregados, leva a crer, que o funcionário propenso a cumprir sua atividade pelo simples fato de suprir suas necessidades, é diferente daquele que encontra-se imbuído em um dever moral, que por ele, está a ser cumprido (Lucca, 2009, p. 339). A ilustração não se distancia de qualquer setor que detém a finalidade lucrativa, dita empresarial, uma vez que, seja qual for a função exercida, esta deve, acima de tudo, ser executada com probidade e boa-fé, distante de interesses e propensão de crescimento às custas do decréscimo ou demérito de outro colaborador.

A ideia proposta por Solomon (1991, p. 356, tradução nossa)⁴³⁰,

sobre a regulação estatal e as falhas de mercado. (SILVA, EFING, 2015, p. 89) (SILVA, A. F. C; EFING, A. C. A Sociedade: tendências de consumo e a ética empresarial. **Conpedi Law Review**, Madrid - Espanha, v. 1, n. 7, p. 76-93, ano 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3465/2978>. Acesso em 17. ago. 2024).

⁴³⁰ Nesse sentido: “(...) *The new concern is just how profit should be thought of in the larger context of productivity and social responsibility and how corporations as complex*

provoca uma evolução do mito do lucro, objetivo proposto por Adam Smith, classificando a atividade empresarial estritamente lucrativa, para convertê-la em lucro e responsabilidade social, de forma que as empresas, além da produção, circulação de bens e serviços com a finalidade de lucro, transformem seus esforços a bem de seus empregados e da sociedade, como uma resposta aos benefícios recebidos em razão da produtividade e lucratividade.

Ademais, concilia-se prática mercantil com a ética, buscando estabelecer níveis de atividade de comércio, quais sejam, o micro nível ou microética, nele consubstanciado pela relação de trocas entre indivíduos (e que guarda a ideia de troca justa, salário justo), e a macroética, em análise mais vastas das questões de Justiça, como uma imagem positiva e global na compreensão dos mundos dos negócios e respectivas funções (SOLOMON, 1991, tradução nossa). O terceiro nível, intitulado nível molar, se caracteriza pela análise da empresa, sob a perspectiva da função de dirigentes, empregados, o papel da empresa na sociedade e dos indivíduos na empresa, que somados, todos os níveis englobam a ideia de responsabilidade social⁴³¹.

Como complemento, importa o raciocínio proposto por Lucca (2009, p. 341), ao problematizar a ética empresarial, um instrumento do *marketing*, uma técnica ou fundamento para a rentabilidade da empresa, a ferramenta de propulsão negativa denominada de estelionato moral. Conclui o autor, que se deve fazer uma análise ao tempo em que se vive, de forma a se estabelecer limites, em até que ponto a vida ética intervém na atividade econômica.

Neste sentido, não se justifica a ética empresarial, a uma das atividades do ser humano, sem levar em consideração o homem enquanto figura suprema e íntegra. Deve-se, portanto, analisar como premissa, a moral enquanto dimensão universal, para que, a partir dela, se conceba a atividade humana, enquanto atividade ética, vinculada a atividade econômica (Lucca, 2009, p. 341).

A partir dos preceitos teóricos apresentados, é indispensável

communities can best serve both their own employees and the surrounding Society". Neste sentido, a tradução: A nova preocupação diz respeito a como deve o lucro ser concebido no contexto mais amplo da produtividade e da responsabilidade social, e como podem as grandes empresas, enquanto comunidades complexas, servir tanto os seus empregados como a sociedade na qual se encontram (SOLOMON, Op. Cit., 1991, p. 356).

⁴³¹ A responsabilidade social, como ferramenta que justifique os anseios da empresa, na proposta de lucratividade e resposta ética a sociedade e empregados é vislumbrada não pelos *stockholders* (acionistas), mas os empregados como partes interessadas (*stakeholders*), aqueles que possuem os direitos, deveres e expectativas com relação a produtividade empresarial, neles concebidos pelos empregados, consumidores, fornecedores, e a sociedade envolvida. (Ibid., 1991, p. 357).

estabelecer justificativas acerca da proposta problematizada na presente tese: em que medida a negociação colaborativa/advocacia colaborativa em contratos de franquia, como cláusula limitativa ao acesso à jurisdição, configura-se como instrumento eficaz em prol da responsabilidade social da empresa?

O comportamento humano na atualidade, está transmudando-se de uma figura individual, para a passagem do altruísmo, na natureza instintiva do ser humano em preocupar-se com o outro. Partindo dessa premissa, o posicionamento de Jonas (ano, p. 47-48), quanto aos novos e velhos imperativos, traça um quadro comparativo entre o velho imperativo no trilhar kantiano, ou seja, o imperativo categórico, na medida em que suas atitudes sejam referência máxima para o agir geral.

Por sua vez, o imperativo novo, um sujeito que atue, de modo que os efeitos de suas ações sejam compatíveis em favor de uma permanência de vida na terra. Melhor dizendo, o agir humano como forma de arriscar a própria vida, sem interferir na vida da humanidade, um imperativo voltado à vida pública do que propriamente ao querer alheio enquanto vida privada (Jonas, 2006, p. 48).

Não se trata de um ato consigo mesmo, mas dos efeitos finais da conduta subjetiva, voltada para a continuidade de atividades humanas em favor do futuro (Jonas, 2006, p. 49), o reflexo da contemporaneidade do desenvolvimento sustentável, na preservação da coletividade, para as presentes e futuras gerações.

Considerando preliminarmente, a preocupação do ser humano com condutas intrassubjetivas positivas, que se exteriorizem (intersubjetivas) em favor da coletividade, observa-se nos propósitos apresentados, a forma consensual alternativa de conflitos, pela via da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, um instrumento de política negocial, que perpassa tão somente pelos interesses dos contratantes, especialmente, franqueadores e franqueados.

Problemas contratuais como a falta ou falha na comunicação entre as partes, distanciamento, falta de comprometimento do franqueado, suporte insuficiente do franqueador, análise inadequada do mercado, e escolha incorreta do ponto comercial, despreparo do franqueador são frequentes e rotineiros na relação contratual (Maemura, 2020, p. 54). Nesse sentido, respectivos conflitos não podem sofrer uma sobreposição em relação a quebra da continuidade das relações empresariais.

Acima de uma relação contratual, existem pessoas que fazem parte do contexto circular das atividades empresariais, e nessa observação incluem-se os *stakeholders*, com papel fundamental de

desenvolvimento da responsabilidade social das empresas envolvidas na relação.

O dissabor de uma rescisão contratual implica em resultados negativos para as partes contratantes, com reflexos indiretos a um grupo significativo de envolvidos representados pela figura dos *stakeholders*.

Portanto, antecipar o conflito, através de uma cláusula prévia de negociação, pelo viés colaborativo da advocacia colaborativa, implica positivamente no retorno ao diálogo das partes em controvérsia de propósitos.

Trata-se aqui, de resolver o conflito, a partir dos reais detentores e conhcedores dos exatos motivos (causas) que instauraram a controvérsia: as partes. Nesse sentido, nada melhor do que elas, as responsáveis por demonstrar em mesa de negociação, os interesses reais e subjacentes que eclodiram o conflito.

A partir de tais perspectivas voltadas a uma análise positiva das partes contratantes, é importante justificar, quais os benefícios da presente proposta, sob o viés da responsabilidade social. Sob esse aspecto, importante ilustrar o tripé do desenvolvimento contemporâneo sustentável da atividade empresarial, sob uma análise social, econômica e ambiental.

Esses três aspectos são oriundos do termo *triple bottom line*, expressão cunhada no início da década de 90 por Elkington (1998, p. 51)⁴³², que destacou a importância da empresa, em se preocupar com o lucro, pessoas e o planeta (Lopes, 2015, p. 100). A partir dessa análise, importante explorar a resposta a proposta apresentada na defesa da presente tese, sob uma análise do tripé da sustentabilidade, notadamente, nas evoluções da expressão atual ESG (*environmental, social, governance*).

A negociação colaborativa como cláusula prévia em contratos de franquia, é uma proposta positiva sob a concepção da governança, na medida em que, os acionistas, diretores e controladores das empresas, especialmente os franqueadores (responsáveis por nortear as condições contratuais), antecipam o procedimento prévio de solução do conflito, antes mesmo dele existir.

⁴³² Essa ideia é externalizada pelos pilares *profit, planet, people* (lucro, planeta, pessoas), que, executados de forma complementar e integrada, provocam a base da expressão sustentável, ao ponto de tratar as três expressões com o mesmo peso e importância em interdependência (Teixeira; Sobrinho; Reato, 2024, p. 5) (TEIXEIRA, A. V.; SOBRINHO L. L. P; REATO, T. T. Sustentabilidade e ESG: o consumo sustentável no cenário neoliberal, **Veredas do Direito**, v. 21. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/vd/a/LNcHQT8TkQD85K339kBNFhq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 ago. 2024).

A partir disso, ficou esclarecido em capítulo anterior, que parte de alguns aportes teóricos voltados ao direito e a economia, vislumbram o ser humano, dotado de racionalidade limitada, sob comportamento oportunistas, que culminam em confecção de relações contratuais a longo prazo, a posterior modificação na execução das cláusulas contratuais, e a consequente eclosão de controvérsias.

Há uma relação que limita a figura do *shareholder* e o agente (gestor), ao passo que existem riscos no poder de agência frente a oportunismos, em detrimento dos interesses de acionistas e diretores. Esse poder do agente, que foge do controle dos acionistas e diretores da empresa diante dos oportunismos e assimetria de informações, faz com que se instituam estruturas de governança, que permitam dirigir e controlar, garantindo o melhor rendimento do agente, frente os acionistas e diretores (Vieira; Barreto, 2019, p. 23).

Nesse contexto, pela governança corporativa⁴³³, minimizando o oportunismo, decorrente da assimetria de informações, franqueador e franqueado, compreendendo a natureza do contrato entabulado (a longo prazo de execução), enxergarão de forma precedente, a necessidade de se antever a potencialidade de conflitos futuros.

Tal visão precedente, permitirá com que se torne eficaz, implantar uma cláusula aberta de negociação prévia e limitativa ao acesso à jurisdição, como forma de se evitar a discussão dos conflitos ao crivo da resposta adjudicada, visando como um todo, a manutenção das relações contratuais, da atividade econômica e circulação de riquezas.

Importante esclarecer, que a criação da cláusula de negociação prévia, é uma forma de dirimir conflitos no plano extrajudicial, favorecendo interesses internos da empresa na manutenção da relação contratual (atividade produtiva) em benefício a figura dos *shareholders*.

Nesse sentido, minimizar ou excluir a controvérsia, retomando o diálogo entre as partes contratantes, permite concluir a permanência da relação contratual, a continuidade da atividade empresarial, a manutenção dos postos de trabalho, a resposta positiva do gestor perante os acionistas/diretores da empresa, provocando a retomada da credibilidade das empresas, no processo de reestruturação e

⁴³³ A governança corporativa é o conjunto de mecanismos instituídos para fazer com que o controle atue de fato em benefício das partes com direitos legais sobre a empresa, minimizando o oportunismo (Carvalho, 2002, p. 19) (CARVALHO, A. G de. Governança corporativa no Brasil em perspectiva, **Revista de Administração**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 19-32, julho/setembro 2002. Disponível em: https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/pesquisa-eaesp-files/arquivos/carvalho_-_governanca_corporativa_no_brasil_.pdf. Acesso em: 18 ago. 2024).

andamento das atividades organizacionais.

Ademais, a política de governança através da integridade⁴³⁴, permitindo a solução de conflitos por via alternativa prévia da negociação, é uma forma de estimular a promoção da confiança (credibilidade) das empresas (franqueados e franqueadores) em relação ao público alvo que lhes cerca, representado pelos *stakeholders*, quais sejam, os consumidores, colaboradores, Estado e fornecedores (Vieira; Barreto, 2019, p. 157).

A relação de uma política de integridade na atividade empresarial, pressupõe uma assertiva no sentido de que “(...) a ética pode ser considerada, em linguagem tipicamente empresarial, um bom negócio” (Lucca, 2009, p. 339).

Nesse sentido, a resposta para o fenômeno de conexão entre a ética e uma boa relação empresarial, se justifica a um primeiro momento, pela redução de custos na política de controle de recursos humanos, estes movidos pelo espírito ético. O segundo, movido pela ética e integridade na conduta dentro da empresa, há um reflexo na produtividade, de forma que, “(...) trabalhar numa organização empresarial ciente de que está realizando a própria dimensão moral, [...] é natural que a produtividade aumente” (Lucca, 2009, p. 339-340), pois ao de identificar com princípios éticos, cumprirá suas tarefas dentro dos propósitos éticos e técnicos exigidos pela empresa.

Portanto, uma empresa que se preocupa com a governança corporativa de forma íntegra, preocupada com o desenvolvimento hierárquico ético de seus colaboradores, transcende para os parceiros empresariais na relação contratual, sentimento de confiança e parceria crédula para efeito de se firmar parcerias contratuais.

Nesse sentido, franqueadores e franqueados, acima do interesse de fins comuns na colaboração da atividade empresarial, devem guardar, per si, um sentimento de confiança e credibilidade na política interna das condutas empresariais, para que, a partir dessa confiança, possam externar suas convicções contratuais com franqueados, no intuito de fiel realização e manutenção das parcerias contratuais.

É preciso esclarecer, que antes de qualquer hipótese de confecção de cláusulas negociais prévias entre empresas, a política de governança entre franqueadores e franqueados esteja devidamente

⁴³⁴ Uma das alternativas de governança corporativa, como instrumento de conscientização da política da consensualidade conflitos, é a proposição de programa de integridade, através da codificação, na formulação e incentivo de práticas de condutas éticas, instituindo diretrizes para o fiel cumprimento das relações nos procedimentos internos das atividades empresariais, bem como nos reflexos externos da relação com seus parceiros, fornecedores, consumidores, no âmbito da relação de *shareholders* e *stakeholders*.

consolidada, com princípios éticos norteadores na política interna da empresa. Ou seja, aos olhos externos da confiança e credibilidade, que os valores morais e virtudes, estejam devidamente consolidados na estrutura interna da empresa.

A ética, através da execução de programas de integridade, contribui para a conscientização das empresas, quanto aos reais benefícios, da adoção de formas consensuais de conflitos de forma prévia em cláusulas contratuais, pela cultura do diálogo, como medida de pacificação de conflitos no direito empresarial.

Além da governança, para o aspecto social, entende-se por comprometimento social da atividade empresarial, o aprimoramento de relacionamentos humanos dentro e fora da relação empresarial, políticas internas de diversidade e inclusão, a valorização o do trabalho de forma digna e decente, intensa preocupação com o consumidor, atuação da empresa com a comunidade.

Pelo aspecto social, a elaboração de cláusulas prévias negociais, como instrumento de pacificação de eventuais conflitos entre empresas, reflete para a política interna dos colaboradores, para os parceiros franqueados, bem como para consumidores e fornecedores (*stakeholders*), em uma representação de confiança e credibilidade da empresa franqueadora, no intuito de fomento a cultura da consensualidade de conflitos.

Além do mais, proporciona de forma indireta, a confiança por parte de todos os envolvidos (*shareholders* e *stakeholders*), na demonstração da missão e propósitos do contratante, qual seja, a manutenção da relação produtiva, dos postos de trabalho, na real valorização dos colaboradores, fornecedores e consumidores externos que dependem da respectiva cadeia produtiva.

Ao fim, pelo viés ambiental (*environmental*), a política de pacificação de conflitos, já representada em capítulo introdutório alusivo aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, materializou as evidências, de que a sustentabilidade está relacionada com o objetivo 16 denominado Paz, Justiça e Instituições Eficazes. Nele, como missão, a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, com propósitos de acesso à justiça para todos, na construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Acredita-se, que a instituição contrato, especialmente os contratos de franquia, como instrumento expresso da autonomia de vontades, ao incluir cláusula prévia negocial, pelo instituto da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, permite como premissa, promover contextos sociais harmoniosos e congruentes, no intuito de minimizar as discussões para o crivo do Judiciário.

Dirimir conflitos de forma prévia, sem a submissão da resposta jurisdicional, evita o desgaste de ação de atuação estatal, o desgaste de energia da máquina administrativa, e de tempo. Como dito anteriormente, propor a solução de conflito pelas vias extrajudiciais, permite tornar realizável a economia de custos, tempo, a manutenção de relações (empresariais e humanas), com reflexos positivos para a sociedade vinculada a relação.

Portanto, seja pela implementação da desjudicialização como reversão da judicialização excessiva, ou pela prática das formas consensuais em caráter extraprocesso, pretende-se como um todo, combater o avanço excessivo da litigiosidade excessiva nos Tribunais, e como, consequência, uma resposta jurisdicional tardia, e muitas vezes, sem a devida eficácia e propósitos em relação aos reais anseios das partes.

Diante de tais apontamentos, entende-se que a proposta de inclusão de cláusula negocial prévia em contratos de franquia, efeito limitativo ao acesso à jurisdição, é uma medida eficaz em prol da responsabilidade social, uma vez que, atende de forma expressa os fatores de governança, social, além de configurar uma medida de natureza sustentável, na política da consensualidade dos conflitos, na seara do direito empresarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da investigação científica, retomam-se as considerações derradeiras, como forma de justificar o objetivo geral e específicos da presente pesquisa: a defesa em favor da aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, como cláusula limitativa prévia ao exercício da jurisdição e do processo arbitral nos contratos de franquia, medida consensual em prol da responsabilidade social corporativa.

A partir do método dedutivo, sob uma concepção racional universal do amplo Acesso à Justiça, através de mecanismos de resposta a solução dos conflitos pela técnica tradicional adjudicada, foi possível concluir como dedução, que o preceito constitucional não pode ser objeto de interpretação restritiva, mas ampliativa.

Isso por que, quando da lesão ou ameaça de lesão a direitos, o Poder Judiciário deve ser provocado como *ultima ratio*, para efeito de minimizar a problemática do excesso de litigiosidade. Para tanto, utiliza-se como resposta conclusiva, a defesa em favor de aplicação das formas consensuais de solução de conflitos, e do processo de desjudicialização, como instrumentos para a implantação de uma cultura da consensualidade.

A partir de tais deduções, manifesta-se a consensualidade da jurisdição, através da aplicação por parte do Estado (poder jurisdicional), no uso dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias (conciliação, mediação), uma forma técnica de instrumentalizar a atuação jurisdicional. De forma paralela, e não menos importante, eclode a desjudicialização e as formas consensuais de conflitos em caráter extrajudicial, a exemplo, a negociação extrajudicial em cláusulas contratuais, como instrumento de pacificação de conflitos, para fins de redução de litigiosidades.

Nesse raciocínio, para reforçar os propósitos dedutivos de aplicação das formas consensuais em caráter extrajudicial, como

justificativa a cultura do diálogo e da consensualidade, destacou-se a preocupação da solução pacificadora de conflitos em caráter transnacional.

A Agenda 2030 aprovada pela ONU, incorporou Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, em destaque, o objetivo 16 denominado Paz, Justiça e Instituições Eficazes, com a finalidade de promoção de sociedades pacificadoras, proporcionando o acesso à justiça para todos, no sentido de construir instituições eficazes.

Como consideração, conclui-se o enquadramento da proposta da presente tese, as metas da Agenda 2030, especialmente ao ODS de n. 16, ao propor cláusulas negociais prévias em contratos empresariais, notadamente ao contrato de franquia, como medida de promoção de contextos sociais pacificadores de conflitos. Promove-se, portanto, o amplo acesso à justiça, na medida em que, torna eficaz a resposta de solução dos conflitos de forma extrajudicial, reduzindo litigiosidades, e permitindo com que o Poder Judiciário, e o processo arbitral, se destinem a resolução de controvérsias de forma especializada e acurada, com a ponderada distribuição quantitativa e qualitativa de demandas processuais.

A par de todo o raciocínio proposto acerca da defesa da desjudicialização de conflitos, e da intensificação das formas consensuais de solução de conflitos em caráter extrajudicial, não se pretende advogar a tese de exclusão de uma soberania estatal na solução de conflitos pelo poder jurisdicional, mas propor a promoção de uma filtragem de conflitos, concedendo ao Judiciário, a análise de controvérsias inevitáveis e infrutuosas no plano extrajudicial.

Em complemento, indispensável concluir, a escolha do modelo contratual, objeto de defesa na presente tese. A opção pelo contrato de franquia, deve-se ao fato: a) da necessária especificação da espécie contratual, como forma de delimitar o tema da pesquisa, evitando-se argumentos vagos e até contraditórios; b) a escolha do contrato de franquia, em que pese a discriminada natureza jurídica de contrato complexo ou híbrido, observou-se tratar-se de uma relação contratual de colaboração; c) a natureza do contrato de colaboração, permite deduzir a princípio, uma relação colaborativa entre franqueador e franqueado, de forma que, eventuais conflitos proporcionem uma solução alternativa, na hipótese de previsão contratual prévia extrajudicial.

Para corroborar a possibilidade de inclusão de pactos contratuais em contratos de colaboração empresarial, através da aplicação da cláusula negocial colaborativa prévia, sustenta-se como fundamento teórico, a aplicação das convenções ou pactos contratuais, como fonte do direito aplicável no ordenamento jurídico.

Diante de tal premissa, defende-se como aspectos principiológicos, a autonomia da vontade, a liberdade de contratar, e o respeito ao autorregramento a fim de fortalecer os pactos e convenções em detrimento de eventual resposta estatal adjudicada. Nesse sentido, defende-se a aplicação da autonomia da vontade, em representação expressa da liberdade contratual plenamente viável em contratos de franquia, desde que, aplicáveis a situações (relações) fáticas e de direito que envolvam direitos disponíveis e pessoas plenamente capazes. É cediço, conforme apresentado em tópico distinto acerca do tema, que não há hipótese de confecção de convenções, quando materializado direitos indisponíveis e subjetivamente, a presença de pessoas incapazes no polo contratual.

Por sua vez, para ratificar a prevalência dos pactos contratuais, o autorregramento, na medida em que, o suporte fático submetido a aplicação da norma jurídica, o elemento vontade esteja envolvido entre o fato e a norma. A vontade, como elemento nuclear do suporte fático, na medida em que, presente como requisito da existência do negócio jurídico.

Portanto, pelo autorregramento da vontade, permite-se como premissa, a conclusão lógica de que as partes, de forma consciente, com transparência, boa-fé e ética na relação negocial, negocie, recuse a respectiva tratativa, emende ou altere disposições contratuais, desde que, o façam mediante atos de disposição plenamente capazes para a confecção das propostas contratuais. Feito isso, os pactos contratuais devem ser observados e respeitados, até pelo poder jurisdicional ou eventuais árbitros submetidos a análise da controvérsia contratual.

Forçosamente, se há permissão do respeito ao autorregramento na esfera do direito material pelas vias contratuais, o que dizer do autorregramento na esfera do direito processual? Nesse contexto, diante das partes plenamente capazes, envolvendo direitos disponíveis, a vontade convencionada deve prevalecer de forma endoprocessual, um espaço de liberdade contratual entre as partes.

Conclui-se, que a aplicação convencional de cláusula negocial limitativa prévia de acesso à jurisdição nos contratos de franquia, não afronta o princípio constitucional do direito de ação ou da inafastabilidade jurisdicional, quando presente, partes capazes e direitos disponíveis plenamente pactuados na relação contratual.

Com a devida permissão científica apresentada, a liberdade de contratar de forma extrajudicial, um formato de negociação prévia de conflitos, é propiciar a igualdade na contratação (justiça formal) pela liberdade de decidir, pleno gozo das faculdades, aliado ao poder da justiça substancial, nela representada pela observância da paridade, pelo equilíbrio dos sacrifícios e benefícios vivenciados pelas partes.

Em suma, para a fiel defesa sob uma concepção principiológica em defesa da negociação colaborativa como cláusula contratual prévia e limitativa ao acesso à jurisdição, a liberdade contratual deve estar conciliada com a autonomia privada, sob uma extensão solidária, em resposta a justiça contratual como máxima expressão da constitucionalização do direito privado. É dizer, que a autonomia privada (solidária), a liberdade e a justiça contratual, caminham convergentes para a construção da função social do contrato, papel relevante, para uma resposta solidária para além das partes contratantes (responsabilidade social), traço fundamental para constitucionalização do direito privado.

Portanto, conclui-se de forma reflexa, que a proposição de cláusula negocial extrajudicial em contratos, atende aos objetivos encartados na Constituição Federal, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Pela função social dos contratos, especialmente, a função social dos contratos de franquia, além de fazer valer os anseios das partes contratantes, no que diz respeito aos aspectos econômicos, trabalhistas e de direito privatista (civil, empresarial), a solidariedade deve acobertar toda e qualquer hipótese de irregularidade ou abuso de direito, que permita o prejuízo de uma das partes contratantes, e, sobretudo, da sociedade em que se encontra vinculada as partes contratantes. Trata-se da representatividade da função social dos contratos, com extensão dos reflexos para o alcance da responsabilidade social corporativa.

Em complemento, defende-se no plano metodológico, a aplicação da negociação como forma consensual de solução de conflitos (espécie), ao contrário de compreendê-la como técnica inerente a outras formas consensuais, como é o caso da mediação e da conciliação. Conforme fundamentado, a negociação, ao lado da mediação, conciliação e arbitragem, configura-se como espécie, do gênero formas consensuais de solução de conflitos.

Mais que uma espécie de forma consensual, defende-se como proposta, a negociação como o instrumento de maior eficácia para a solução de determinado conflito, notadamente, para a delimitação do que se pretende discorrer, qual seja, nos contratos de colaboração - o contrato de franquia.

Nesse aspecto, as partes, legitimadas e detentoras de seus riscos e problemas, na figura de um conflito instaurado, são as que melhor entendem do problema, para efeito de respectiva solução. Nada melhor que os titulares do problema, para entender os interesses opostos em discussão, e, a partir da transparência nas relações, identifiquem dentro das técnicas da negociação, a forma pacífica mais adequada diante do conflito entabulado.

A partir da defesa do modelo da negociação, como espécie do

gênero forma consensual de solução dos conflitos, advoga-se pela aplicação da espécie colaborativa/cooperativa (ganha-ganha), em detrimento do modelo competitivo (ganha-perde). Pretende-se como defesa, a existência de ganhadores solidários no processo negocial, através da comunhão de vontades, notadamente, para que o ganho mútuo, sirva de fundamento para a manutenção do diálogo e das relações até então controvertidas.

Frente a opção do modelo cooperativo da negociação, procurou-se realizar um recorte das técnicas de negociação, utilizada por Roger Fischer, Bruce Patton e William Ury, em obra publicada no ano de 1981, traduzida para o português e intitulada: *Como Chegar ao Sim - negociação de acordos sem concessões*.

No raciocínio proposto, a negociação deve estar pautada em premissas fundamentais, de maneira que, diante de um conflito, deve o negociador (as partes envolvidas), separar as pessoas dos problemas; concentrar nos interesses e não das posições (barganha); criar uma variedade de possibilidades antes de aceitar o resultado final; insistir para que o resultado tenha por base um padrão (critérios) de natureza objetiva.

Satisfazer os interesses e manter a relação negocial, é o foco de uma das premissas fundamentais, especialmente quando se fala em negociação entre franqueador e franqueado. Percepção (empatia), comunicação (negociação direta entre as partes e a escuta ativa), e emoção (troca de sentimentos amenos), são aspectos substanciais na relação negocial, como forma de intensificar as tratativas preocupados com o problema em si.

Portanto, colocar as partes diante do problema, de forma colateral, como se o problema fosse de responsabilidade de ambos, identificando-se na posição contrária, buscando a compreensão do pensamento oposto, permite compreender uma forma melhor de identificar os interesses, posições, e facilitar o procedimento de negociação.

As partes preocupadas com os problemas, e concentradas nos reais interesses, criarião opções para a fiel solução do problema, através de sessões denominadas *brainstorming*. Portanto, definir um objetivo, escolher colaboradores preparados e ordenados na atividade negocial, mudar o ambiente (paz, tranquilidade), tratar a sessão como algo informal e optar por um facilitador, são opções para uma coerente sessão de ideias para a escolha de opções negociais.

A partir da escolha de opções, conveniente que se multipliquem as escolhas, como forma de gerar a opção pautada em ganhos múltiplos, em analogia, de forma a não partilhar o bolo, mas aumentar o todo a favor da coletividade. Ao elencar o maior número de opções,

coloque-se na posição contrária e crie critérios objetivos para apontar a melhor opção negocial.

A par desses procedimentos, o resultado final para a fiel solução do conflito, se perfaz pela melhor alternativa à negociação de um acordo (MAANA). Nesse sentido, importante criar uma lista de alternativas, e, a partir delas, aperfeiçoar uma delas e convertê-la na prática. Ao aplicar a melhor alternativa, e na consequência, a infrutuositade diante da barganha oposta, jamais contrarie ou rejeite. Estabeleça o diálogo, afaste-se das críticas e proponha consequente inversão dos papéis (posição), e, ao propor o espelhamento do problema, tal situação permitirá a ampliação de opções para a solução do problema.

Dentro dos procedimentos metodológicos da negociação baseada em princípios, indispensável que se esclareça, a pretensão em utilizá-la como técnica no processo de negociação colaborativa.

Conforme expressado no desenvolvimento da tese, buscou como preferência, a utilização composta das expressões negociação colaborativa/advocacia colaborativa, para efeito de justificar que a forma consensual da negociação colaborativa, se torna manifesta pela advocacia colaborativa ou direito colaborativo, expressão popular no direito norte americano denominada *colaborative law*.

A opção pela defesa do modelo negocial colaborativo na presente tese se deve ao fato dos seguintes argumentos: a) o fato de se deparar com pessoas e respectivas relações humanas; b) das respectivas relações, a existência de comportamentos, que muitas vezes, desencontrados, provocam ruídos e conflitos; c) a extensão reflexa, de que os relacionamentos se estendem para o direito empresarial, especialmente para os contratos empresariais; d) a existência explícita de uma colaboração/cooperação nos contratos de franquia, fruto de uma relação pessoal entre franqueados e franqueadores.

Nesse contexto, o fato do modelo americano (*colaborative law*) criado por Stuart Webb, destinar-se a procedimentos oriundos de conflitos familiares (divórcio) em uma dedução universal, faz da presente tese, que se advogue em favor da aplicação do procedimento colaborativo (direito colaborativo), nas relações empresariais (contratos empresariais) por conclusão específica, uma vez que, o objetivo nas relações empresariais, é a preservação da harmonia nas relações, e, a partir da ausência de conflito, propor a continuidade dos contratos.

Em complemento, que se estabeleça a permanência da atividade econômica, beneficiando de forma imediata franqueador e franqueado, e, para além da respectiva relação contratual, a responsabilidade social da atividade produtiva das empresas contratantes, uma vez que,

quanto mais se elevam os lucros do franqueado, por corolário, se acrescem os lucros da franqueadora, beneficiando (extra)intramuros as pessoas envolvidas no processo produtivo da empresa.

Pelo modelo de negociação colaborativa cada parte escolhe o seu advogado de confiança, preferencialmente, um advogado com técnicas do direito colaborativo. O advogado, tem ampla liberdade, na companhia de seus clientes, de buscar alternativas para a solução do conflito, seja na solução do problema. Focados em solucionar o conflito, evitando-se o acesso via Tribunal, advogados e clientes são incentivados a busca da resolução da disputa sem análise ao aspecto emocional, com o desenvolvimento de habilidades para se chegar ao objetivo do ganho mútuo (nesse caso, inclui-se as técnicas da negociação baseada em princípios). As conferências e sessões são quádruplas com a distribuição de energias criativas, com o trabalho colaborativo em prol do acordo justo. Os clientes efetivos e em potencial, são orientados previamente sobre as vantagens do método, especialmente, na economia dos custos.

Ponto relevante, diz respeito ao acordo de desqualificação, ocasião em que, na hipótese de infrutuositade do acordo, o advogado colaborativo se afasta da demanda judicial, ao ponto de justificar ao cliente, que ele terá nova chance no plano processual, em estar representado por um advogado contencioso, permitindo ao cliente, a chance de solução de conflitos em dois lados, o da negociação, e o judicial. Portanto, o advogado colaborativo se presta a finalidade de negociar, e, por esse motivo, a negociação se torna um procedimento extrajudicial eficaz.

Quanto ao procedimento, as reuniões interdisciplinares com psicólogos, administradores, contadores e economistas durante o procedimento da advocacia colaborativa, permite com que as pessoas envolvidas no conflito empresarial, possam trazer transparência ao problema. Ao aspecto humano e comportamentos, o auxílio da psicologia, o que contribui para as relações empresariais, quando nestas, o quadro societário esteja envolvido por laços familiares. Ao aspecto documental e financeiro da empresa, nada melhor, que se explice a real situação da empresa com a apresentação do balanço patrimonial, livros contábeis, créditos e débitos, para a facilitação da negociação envolvida no conflito.

Em suma, não há uma padronização objetiva de procedimento das atividades do modelo da negociação colaborativa/advocacia colaborativa. Contudo, recomenda-se: a) uma reunião preliminar (entre profissional colaborativo e cliente), no sentido de explicitação do método, e real interesse da parte em aderir ao procedimento, bem como da demonstração das vias alternativas de solução do conflito (mediação, conciliação, heterocomposição – arbitragem ou método

tradicional – decisão judicial); b) Primeira reunião (*face to face*) – reunião de quatro vias – para explicação e formalização do Acordo de Participação e realização do Termo de Desqualificação, escolha de profissionais interdisciplinares; c) reuniões intermediárias (opção) entre advogado-advogado, cliente-cliente, profissionais interdisciplinares e cliente, desde que não se reduza o poder colaborativo de solução do conflito; d) reunião (*face to face*) para a negociação e ajustes finais; e) encontro final (conclusão), para a confecção do termo de estipulação, ou termo de acordo, com o evento final de encerramento dos trabalhos.

Em decorrência da explicitação da negociação colaborativa, pelo modelo da *collaborative law*, conclui-se que a proposta de tese é corroborada sob uma perspectiva da análise econômica do direito.

Isso porque, tem-se observado uma relação entre o direito e a economia, especialmente a ideia de comportamentos humanos em relações sociais, movidos a tomada de decisão, racionalidade, custos de oportunidade e eficiência, ferramentas indispensáveis para compreender as relações jurídicas e respectivos efeitos.

Nesse aspecto, buscou-se aplicar os estudos da *law and economics* na presente tese, pela concepção da teoria dos custos da transação em Ronald Coase, ao propor que os custos de transação, devidamente negociáveis nas firmas, são relativamente menores que os praticados pelo mercado. Quanto maior a organização interna das firmas (ideologia atual da governança), menor os custos de transação da firma. Em resumo, concluiu o autor, que os custos de organização interna da firma devem ser iguais ou menor que os custos de realizá-la por intervenção do mercado do mercado.

Essa redução do custo de transação, é defendida pela negociação interna, ou seja, quanto menor a intervenção, fruto de externalidades (decisão estatal, judicial, legal), menor os custos de transação da firma. Por dedução, os custos de transação precisam ser reduzidos para que se possa falar em atos negociais. O propósito se traduz, pela solução na via negocial (autonomia da vontade das partes), afastando eventual externalidade, e, respectiva tarefa se torna perfectível, com a redução dos custos de transação.

É preciso observar ainda, em critério evolutivo científico, os estudos de Oliver Williamson, na economia dos custos de transação, para efeito de defesa da cláusula negocial prévia em contratos de franquia. Nesse contexto, os contratos a longo prazo, são dotados de incompletude, fruto da racionalidade limitada e do oportunismo. Tais características inerentes ao comportamento humano, interferem na análise dos custos de transação, especialmente sob uma perspectiva *ex ante*.

Nesse ponto, indispensável reiterar, a defesa da presente tese, no sentido de caracterizar o contrato de franquia, em que pese as disposições iniciais de cláusulas fechadas, a exemplo, na circular de oferta de franquia, uma proposta de contrato a longo prazo, de natureza obrigacional incompleta, e, portanto, com a necessidade de aplicação de cláusulas gerais.

No raciocínio apresentado, a elaboração de cláusulas contratuais fechadas em contratos a longo prazo, provocam a incerteza da execução contratual, fruto de contingências, o que proporciona a necessidade de revisão, rediscussão, ou o infortúnio das rescisões contratuais.

Nesse sentido, defende-se na presente, em razão da racionalidade limitada e do oportunismo na elaboração dos contratos (*ex ante*), e até mesmo na assimetria de informações (oportunismo) (*ex post*), a aplicação de cláusulas contratuais prévias, de natureza aberta, como forma de se evitar a impossibilidade de solução de conflitos, quando da materialização e contingências.

A aplicação da negociação colaborativa/advocacia colaborativa em contratos de franquia, de forma prévia e limitativa ao acesso à jurisdição, é uma forma de dedução de aplicação de cláusula aberta *ex ante*, para efeito de busca da solução pacificadora de futuros conflitos (*ex post*), decorrentes do surgimento de eventuais contingências. Trata-se aqui, da aplicação de cláusulas contratuais abertas, para efeito de colmatar eventuais contingências futuras, utilizando-se da negociação colaborativa, como forma consensual pacificadora de conflitos, sob uma perspectiva da análise econômica do direito.

Mais que isso, é considerar o contrato de franquia, além da natureza híbrida, uma organização em rede defendida por Teubner como conjuntos organizacionais, pautadas na coordenação. Uma ordem descentralizada, vista como uma dialética entre elementos contratuais e organizacionais, com orientação de comportamentos individuais e coletivos, porém com objetivos individuais e comuns, o que permite a aplicação de cláusulas abertas negociais para efeito de se colmatar lacunas futuras, em decorrência da manifestação de contingências.

Ademais, O fato da incapacidade ou insuficiência de se antever todas as situações futuras advindas da relação contratual não pode restar configurada como a única causa que configura a aplicação da incompletude contratual. Indispensável destacar que a incompletude contratual se torne um ponto de estratégia das partes contratantes de forma intencional, no objetivo de melhor gerir o negócio, e administrar os conflitos existentes diante de determinado contexto econômico,

estipular o maior número de cláusulas, ou deixá-las em aberto, para uma sucessiva determinação.

A par de tal raciocínio, a análise da teoria da cooperação, proposta por Robert Axelrod, no estudo da teoria dos jogos, ao ponto de considerar que as partes na negociação de determinado conflito, se utilizem da cooperação, não como opositores do conflito instaurado, mas colaboradores de um mesmo propósito.

Trata-se de um resultando convergente, com propósitos positivos e satisfatórios para as partes contratantes, perpassando de conceitos consolidados, para uma evolução da moral, dos bons costumes e da ética, expressados pela boa-fé como cláusula geral, uma linguagem aberta para o amplo campo de interpretação enquanto princípios norteadores das relações contratuais.

Indispensável fortalecer como conclusão específica, decorrente das deduções universais apresentadas, a defesa da aplicação da negociação colaborativa em contratos de franquia, como cláusula limitativa prévia ao acesso à jurisdição, desde que, o objeto do contrato diga respeito a direitos disponíveis, e na subjetividade, envolvam pessoas capazes.

Defende-se pela própria contextualização político legislativa, as formas consensuais de solução de conflitos (extra)judiciais, justamente pelo fato de que o direito fundamental do cidadão, não se configure como dever do direito de ação.

A Lei de mediação e arbitragem, são clarividentes em defender, a submissão dos conflitos, a análise prévia da mediação e da arbitragem, quando existente cláusula contratual prévia pactuada.

Nesse contexto, existente um contrato, e, na substância de suas cláusulas, constar cláusula contratual de submissão de conflitos, ao procedimento da negociação colaborativa, indispensável que submeta o conflito ao processo negocial, de forma prévia, por aplicação análoga as leis de mediação e arbitragem.

Em complemento, reforça-se a aplicação das cláusulas escalonada/híbridas (*med-arb*) e *hardship*, como argumento para fortalecer a previsão de cláusulas contratuais prévias de negociação em contratos de franquia. Nesse sentido, existentes respectivas disposições, todo e qualquer conflito deve ser submetido ao crivo da mediação ou negociação prévia, antes de qualquer submissão a resposta adjudicada ou arbitral.

Portanto, em dedução, se é permitível o uso de respectivas cláusulas negociais prévias, indispensável que se defenda como conclusão específica, a aplicação de cláusulas negociais prévias em

contratos de franquia, em natureza limitativa ao acesso à jurisdição, ou até mesmo, ao processo arbitral.

Por derradeiro, observa-se pontualmente pelo posicionamento dos tribunais, uma visão de avocar a competência para os tribunais arbitrais, até por força da norma cogente, e, por outro lado, uma flexibilização da consensualidade, ao não obrigar muitas vezes, o procedimento prévio da negociação, como requisito para o interesse processual da demanda.

Defende-se no presente caso, que o Judiciário, e até mesmo o processo arbitral, atue pela cultura da consensualidade e do diálogo, de forma que, existente cláusula negocial prévia, a exemplo, na hipótese da presente tese, que ocorra a suspensão do processo arbitral ou judicial, para que as partes se submetam ao processo de negociação colaborativa/advocacia colaborativa, e, na hipótese de infrutuosidade de autocomposição, que o processo prossiga. No presente caso, resolve-se o problema de eventual arguição de ausência de interesse processual do autor (quando da não negociação prévia), o que culminaria em possível extinção do processo e quebra da real finalidade negocial.

Desta forma, na hipótese de problemas contratuais (comunicação entre as partes, distanciamento, falta de comprometimento do franqueado, suporte insuficiente do franqueador, análise inadequada do mercado, e escolha incorreta do ponto comercial, despreparo do franqueador), torna-se viável, a aplicação da cláusula de negociação colaborativa/advocacia colaborativa, como cláusula prévia ao acesso à jurisdição.

O benefício de aplicação da cláusula sob o viés da responsabilidade social, é objeto de defesa sob a concepção da governança, o lado social e ambiental.

Pela governança corporativa, minimizando o oportunismo, decorrente da assimetria de informações, franqueador e franqueado, compreendendo a natureza do contrato entabulado (a longo prazo de execução), enxergarão de forma precedente, a necessidade de se antever (*ex ante*) a potencialidade de conflitos futuros. Ademais, pela negociação prévia, no intuito de minimizar ou excluir a controvérsia, pretende-se em defesa, retomar o diálogo entre as partes contratantes, o que permite concluir a permanência da relação contratual, a continuidade da atividade empresarial, a manutenção dos postos de trabalho, a resposta positiva do gestor perante os acionistas/diretores da empresa, provocando a retomada da credibilidade das empresas, no processo de reestruturação e andamento das atividades organizacionais.

Fala-se ainda, na governança pela política de integridade da

relação empresarial, como uma forma de exteriorização do desenvolvimento hierárquico ético de seus colaboradores, o que transcende para os parceiros empresariais na relação contratual, sentimento de confiança e parceria crédula para efeito de se firmar parcerias contratuais.

Por sua vez, o aspecto social, permite-se concluir como defesa: a) o aprimoramento de relacionamentos humanos dentro e fora da relação empresarial; b) políticas internas de diversidade e inclusão; c) valorização do trabalho de forma digna e decente; d) intensa preocupação com o consumidor; e) atuação da empresa com a comunidade.

Nesse contexto, a negociação prévia de conflitos nos contratos de franquia, sem estimar a hipótese de rescisão contratual, permite manifestamente o respeito aos colaboradores quanto a manutenção dos postos de alho, a credibilidade empresarial (confiança com fornecedores), os reflexos de manutenção da cadeia produtiva em prol de fornecedores e consumidores, propiciando de forma reflexa, a manutenção produtiva, daqueles que dependem de forma (in)direta de franqueador e franqueado, especialmente dos franqueados.

No plano ambiental (*environmental*), a política de pacificação de conflitos, já representada em capítulo introdutório alusivo aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, materializou as evidências, de que a sustentabilidade está relacionada com o objetivo 16 denominado Paz, Justiça e Instituições Eficazes. Nele, como missão, a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, com propósitos de acesso à justiça para todos, na construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Acredita-se, que a instituição contrato, especialmente os contratos de franquia, como instrumento expresso da autonomia de vontades, ao incluir cláusula prévia negocial, pelo instituto da negociação colaborativa/advocacia colaborativa, permite como premissa, promover contextos sociais harmoniosos e congruentes, no intuito de minimizar as discussões para o crivo do Judiciário.

Dirimir conflitos de forma prévia, sem a submissão da resposta jurisdicional, evita o desgaste de acionamento da atuação estatal, o desgaste de energia da máquina administrativa, e de tempo. Como dito anteriormente, propor a solução de conflito pelas vias extrajudiciais, permite tornar realizável a economia de custos, tempo, a manutenção de relações (empresariais e humanas), com reflexos positivos para a sociedade vinculada a relação.

Portanto, seja pela implementação da desjudicialização como reversão da judicialização excessiva, ou pela prática das formas

consensuais em caráter extraprocessual, pretende-se como um todo, combater o avanço excessivo da litigiosidade excessiva nos Tribunais, e como, consequência, uma resposta jurisdicional tardia, e muitas vezes, sem a devida eficácia e propósitos em relação aos reais anseios das partes.

Diante de tais apontamentos, entende-se que a proposta de inclusão de cláusula negocial prévia em contratos de franquia, efeito limitativo ao acesso à jurisdição, é uma medida eficaz em prol da responsabilidade social, uma vez que, atende de forma expressa os fatores de governança, social, além de configurar uma medida de natureza sustentável, na política da consensualidade dos conflitos, na seara do direito empresarial.

De forma paralela em relação as considerações apresentadas, acredita-se como contribuição teórica, a aplicação da presente tese em toda e qualquer disposição contratual que diga respeito a direitos disponíveis e pessoas capazes. Indispensável que se utilize de cláusulas negociais, no formato (método) que melhor aprovou a situação conflitiva, de forma prévia a submissão de respostas adjudicadas ou pelo processo arbitral.

Estabelecer formas consensuais prévias, em contratos a longo prazo, através de disposições de cláusulas abertas, permite a possibilidade de ampliação da rediscussão do conflito instaurado, inobstante qualquer contingência que venha surgir, o propósito da tese, é a eficácia do formato negocial, e não propriamente o conteúdo da cláusula.

A solução do conflito deve sempre prevalecer como medida de pacificação social, atendendo aos fundamentos constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, no sentido de atingir o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ABF (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING), 2022.

Desempenho do Franchising Brasileiro - 1º Trimestre 2022.

Disponível em: <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-Desempenho-Franchising-1TRI22.pdf>. Acesso em 05 jul. 2024.

ABF (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING), 2024.

Manifesto por um Franchising Íntegro. Disponível em:

https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2022/11/Manifesto-ABF_V3.pdf.

Acesso em: 01 jul. 2024.

ABF (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING), 2024a. **Ser ABF**

é Ser Mais Forte. Disponível em: <https://www.abf.com.br/a-abf/>.

Acesso em: 02 jul. 2024.

ABF (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING), 2024b.

Franquias aceleram e crescem 19,1% no 1º trimestre, indica pesquisa da ABF. Disponível em: <https://www.abf.com.br/franquias-aceleram-e-crescem-191-no-1o-trimestre-indica-pesquisa-da-abf/>.

Acesso em: 01 jul. 2024.

ABF (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING), 2024c.

Desempenho do Franchising Brasileiro - 1º Trimestre 2024.

Disponível em: https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2024/07/Apresentacao_Desempenho_Franchising_1Tri24_V2.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

AGUIAR JÚNIOR, R. R. A nova crise do contrato, **Revista CEJ**, v. 11, n. 38, jul./set. 2007, p. 1-2. Disponível em:

<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1016/1182>. Acesso em: 10 jul. 2024.

AGUIAR JR., R. R. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

AMARAL, F. **Direito Civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMENDOEIRA Jr, S; TARDIOLI, F.; PRADO, M. N. **Franchising** [livro eletrônico]. 1. ed. em ebook baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Acesso restrito via <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253728683/v1/page/III>.

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

ANDRADE, E.; RIBEIRO, G. T. Cláusula de mediação prévia: análise do efeito processual de seu descumprimento e perspectivas de pactuação, **Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado**, v. 18, n. 1, ano 2021, p. 140-171. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/45521/1/7.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2024.

ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. 268 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2023.

ARAÚJO, F. C. de. **Curso de Processo Civil**: parte geral, atualizado com a Lei 13.256 de 2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAÚJO, V. S. de; GABRIEL, A. de P.; PORTO, F. R. Justiça 4.0: a nova modelagem da justiça no mundo digital. Justiça 4.0: a transformação tecnológica do poder judiciário deflagrada pelo CNJ no biênio 2020-2022. In: FUX, L.; MARTINS, H., SHUENQUENER, V. (Coord). **O Judiciário do futuro** [livro eletrônico]: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Acesso restrito via <https://provew.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/290747704/v1/page/RB-1.1>

ASCENSÃO, J. de O. **Direito civil:** teoria geral, acções e factos jurídicos. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ASSIS, A de. Comentários ao Código Civil Brasileiro: Arts. 421 a 580. In: ALVIM, A.; ALVIM, T. (Coord). **Comentários ao Código Civil Brasileiro:** do direito das obrigações. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AXELROD, R. **The Evolution of cooperation.** New York: Basic Books, Inc. Publishers, 1984.

AXELROD, R. **La complejidad de la cooperación.** Modelos de cooperación y colaboración basados em los agentes. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

AZAMBUJA, J. M. P. de. Microssistema de justiça digital: a relação de interdependência entre juízo 100% digital, balcão virtual e núcleos de justiça 4.0. In: FUX, L.; MARTINS, H., SHUENQUENER, V. (Coord). **O Judiciário do futuro** [livro eletrônico]: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Acesso restrito via <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/290747704/v1/page/RB-8.5>.

AZEVEDO, P. F. de. Contratos – Uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R (org). **Direito & Economia:** análise econômica do direito e das organizações. 6. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BANDEIRA, P. G. Contrato Incompleto, 255 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9295/1/Paula%20Grec o%20Bandeira%20_FINAL.pdf. Acesso em 01 jul. 2024.

BARROS, G. Herbert A. Simon and the Concept of Rationality: Boundaries and Procedures, **Brazilian Journal Of Political Economy**, v. 30, n. 3, 2010, jul-Sep, p. 455-472. Disponível em: <https://centrodeeconomiapolitica.org/repojs/index.php/journal/article/view/453>. Acesso em: 18 mai. 2024.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e processo:** influência do direito material sobre o processo. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BECK, U. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, D; MAIA, A. *ODR as an effective method to ensure access to justice: the worrying, but promising Brazilian case.* Mediate.com, September 2018. Disponível em: <https://www.mediate.com/articles/becker-odr-effective.cfm>. Acesso em: 11 de jan. 2024.

BECKER, D.; FEIGELSON, B. Acesso à Justiça para além de Cappelletti e Garth: a resolução de disputas na era digital e o papel dos métodos online de resolução de conflitos (ODR) na mitigação da crise de justiça no Brasil. In: WOLKART, E. N. [et. al.] (Coord). **Direito, processo e tecnologia** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Acesso restrito via <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monographies/235813054/v2/page/RB-9.3>.

BEL, I. N. de. O. D. Práticas colaborativas para solução de conflitos: o modelo descrito pela *International Academy of Collaborative Professionals*, 192 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/browse?type=author&value=Del+Bel%2C+Iane+Naia+de+Oliveira+Ruggiero>. Acesso em 03 abr. 2024.

BERTOLDI, M. M. **Curso Avançado de Direito Comercial.** v. 2: títulos de crédito, falência, concordata, contratos mercantis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: LTC, 2020.

BORGO, M. C. N. P. e. **Convenções Processuais em Matéria de Prova:** interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do Processo Civil democrático, 2019. 242 p. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002955354>. Acesso em 30 jan. 2024.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (De 25 de março de 1824). Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm, Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850.** Determina a ordem do Juizo no processo Commercial. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>. Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945.** Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 02 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 10 de fev. 2024.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (De 18 de Setembro de 1946).** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 27 dez. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 27 dez. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 27 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso 30 jan. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República**

Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 dez. 2023.

BRASIL. Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16729.htm#:~:text=LEI%20No%206.729%2C%20DE,Art%20. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.132, de 26 de dezembro de 1990. Altera a redação dos arts. 2º, 5º, 6º, 8º, 13 e 28, revoga o art. 14, da Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18132.htm. Acesso em 22 jan. 2024.

BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm#; Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm. Acesso em 18 jan. 2024.

BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A7%C3%A3o Acesso em: 09 jan. 2024.

BRASIL. Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso: em 26 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código

Civil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 29 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1 de gosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 30 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019a**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603136**. Venbo Comércio de Alimentos LTDA e Município do Rio de Janeiro. Recurso extraordinário com repercussão geral. Tema 300. 2. Tributário. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. 3. Incidência sobre contrato de franquia. Possibilidade. Natureza híbrida do contrato de franquia [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3756682>. Acesso em 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 953840**. Município do Rio de Janeiro e Concentro Marcas Ltda. Processual Civil. Agravo Regimental. Recurso Especial. Tributário. ISS. Franquia (franchising). Natureza

Jurídica Híbrida (plexo indissociável de obrigações de dar, de fazer e de não fazer) [...] Relator: Min. Luiz Fux, 14 de setembro de 2009. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701157913&dt_publicacao=14/09/2009. Acesso em 20 jan. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1791184**. Município de Itupeva e CPQ BRASIL S/A.

Processual Civil. Tributário. ISS. Contrato de franquia. Acórdão com fundamentos constitucional e infraconstitucional. Não interposição de recurso extraordinário [...]. Relator: Min. Francisco Falcão, 21 de maio de 2019. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900057389&dt_publicacao=21/05/2019. Acesso em 20 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de

Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. [2015].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015**. (...) Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República. [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 26 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.966 de 26 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113966.htm. Acesso em 13 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.994 de 24 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113994.htm#view. Acesso em 04 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.139-7 – Distrito Federal. Partido Comunista do Brasil – PC Do B, Partido Socialista Brasileiro, Partido dos Trabalhadores, Presidente da República e Congresso Nacional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. §§ 1º a 4º do art. 625-D da

Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, acrescido pela Lei n. 9.958, de 12.1.2000. Comissão de Conciliação Prévia. Suposta obrigatoriedade de antecedente submissão do pleito trabalhista à comissão para posterior ajuizamento de reclamação trabalhista. Interpretação pela qual se permite a submissão facultativamente. Garantia do Acesso à Justiça [...]. Rel: Min. Carmen Lúcia, 19/02/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=A DI&numProcesso=2139>. Acesso em: 05 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 631.240 – Minas Gerais. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Marlene de Araújo Santos. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Prévio requerimento administrativo e interesse de agir. 1. A Instituição de condições para regular o exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse de agir, é preciso haver necessidade de ira à Juízo [...]. Rel: Min. Roberto Barroso, 17/12/2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=275839084&ext=.pdf>. Acesso em: 06 ag. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 133100** - Bahia. Kieppe Participações e Administração Ltda – Graal Participações Ltda. Recurso Especial. Processual Civil. Societário. Ação de execução específica de cláusula arbitral (Lei 9.307/96). Acordo de acionistas. Previsão de solução alternativa de conflitos: resolução por mediação ou arbitragem. Compatibilidade. Cláusula compromissória (vazia). Existência. Força vinculante [...]. Rel: Min. Maria Isabel Gallotti, 10/11/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201003014&dt_publicacao=22/02/2016 Acesso em: 12 ago. 2024.

BULGARELLI, W. **Contratos Mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CABRAL, A. do P. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

CABRAL, A. do P. Acordos processuais no processo penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 64, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255807/book_rmp_64.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024

CABRAL, A. do P. *Pactum de non petendo*: a promessa de não

processo no direito brasileiro, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 78, out./dez. 2020, p. 19-44.

Disponível em:

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026463/Book_RMP-78.pdf. Acesso em 01 ago. 2024

CABRAL, T. N. X. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. In: NOLASCO, R. D. et. al (Coord).

Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Acesso restrito via <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253598259/v1/page/RB-6.2>.

CAHALI, J. F. **Curso de arbitragem** [livro eletrônico]: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 8. ed. em e-book baseada na 9. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html.

CALABRESI, G. **The Future of Law Economics**: essays in reform and recollection. London: Yale University Press, 2016.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS & ASSESSMENT. Cambridge Dictionary. Disponível em:

<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/tied-house>. Acesso em 13 jan. 2024.

CAMINHA, U.; LIMA, J. C. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo, **Revista Direito GV**, v. 10, n. 1, jan-jun 2014, p. 155-200. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/5DN3pCsXtkG3jYqCtsQ7WPN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2024.

CAPPELLETI, M; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARLIM, P. E.; CASTRO, L. T. E. A importância da comunicação na negociação. In: MARTINELLI, D. P.; NIELSEN, F. A. G.; MARTINS, T. M. (Org). **Negociação: conceitos e aplicações práticas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, C. D. A importância da cláusula de mediação, **Revista Emerj**, v. 20, n. 79, p. 50-63, Maio/Agosto 2017, Rio de Janeiro.

Disponível em:

<https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/11>. Acesso em: 01 ago. 2024.

CARVALHO, A. de. Os contratos híbridos como categoria dogmática: características gerais de um conceito em construção, **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n. 19, p. 181-229, julho/dezembro 2016.

CARVALHO, A. G de. Governança corporativa no Brasil em perspectiva, **Revista de Administração**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 19-32, julho/setembro 2002. Disponível em: https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/pesquisa-eaesp-files/arquivos/carvalho_-_governanca_corporativa_no_brasil_.pdf. Acesso em: 18 ago. 2024.

CASELLA, P. B. Negociação e conflito no direito internacional – cinco mil anos de registro na história, **Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo**, v. 114, p. 185-230, jan./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/176583>. Acesso em 24 fev. 2024.

CASTRO, F. C. e. A cláusula de hardship em contratos empresariais no Brasil. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/49054>. Acesso em 07 ago. 2024.

CERQUEIRA, H. E. da G. Adam Smith e seu contexto: o iluminismo escocês, **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 15, n. 1 (26), o. 1-28, jan-jun 2006. Disponível em: https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/600/02_Hugo_Cerqueira.pdf. Acesso em: 06 mai. 2024.

CHERTO, M.; RIZZO M. **Franchising en la práctica**. São Paulo: Makron Books, 1995.

CLÉVE, C. M. **Direito Constitucional Brasileiro**: volume 1 [livro eletrônico]: Teoria da constituição e direitos fundamentais. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. *Economica*, New Series, v. 4, Issue 16, Nov. 1937, p. 386-405. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=808887&for=ceview=1>. Acesso em: 20 abr. 2024.

COASE, R. H. The problem of social cost, Journal of law and Economics, v. 3, October, 1960, p. 1-44. Disponível em: <https://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf> Acesso em: 22 abr. 2024.

COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito.** Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão da tradução: Francisco Nicolás Negrão; estudo introdutório: Antonio Carlos Ferreira, Patrícia Cândido Alves Ferreira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil.** v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

COHEN, H. **Todo es negociable:** como conseguir lo que se quiere. Sexta reimpressão. Barcelona: Planeta, 1990.

COMISSÃO DA UNIDADES EUROPEIAS. **Livro verde:** promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, Bruxelas, 2001. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/2002_0416/doc05a_pt.pdf. Acesso em 1 ago. 2024.

COMPARATO, F. K. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano 14, v. 18, p. 53-65, 1975. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

COMPARATO, F. K. Estado, empresa e função social, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, v. 732, p. 38-46, outubro/1996.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Brasília: CNJ, 2004. **Quem somos.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em: 29 dez. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 26 dez. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Emenda n. 1, de 31 de Janeiro de 2013.** Altera os arts. 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 13, 15, 16, 18 e os Anexos I, II, III e IV da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em:

http://www.ipmec.com.br/emenda1_2013.pdf. Acesso em 09 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Emenda 2, de 8 de março de 2016. Altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/f56c77e677e9371b65042646f4f7c06c.pdf>. Acesso em 09 jan. 2024

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria n. 133 de 28 de setembro de 2018 (Publicada DJ-e n. 206/2018 em 24/10/2018). Institui Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030. Disponível em:
https://atos.cnj.jus.br/files//portaria/portaria_133_28092018_24102018134936.pdf. Acesso em 03 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Como se deu o histórico de institucionalização da Agenda 2030 no Poder Judiciário? Brasília: 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/como-se-deu-o-historico-de-institucionalizacao-da-agenda-2030-no-poder-judiciario/>. Acesso em 03 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria n. 119 de 21 de agosto de 2019 (Publicada DJ-e/CNJ n. 172/2019 em 22/08/2019). Brasília: 2019b. *Institui o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) e dá outras providências.* Disponível em:
https://atos.cnj.jus.br/files//portaria/portaria_119_21082019_22082019154612.pdf. Acesso em 03 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Meta 9 do Poder Judiciário. Brasília: 2019c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/meta-9-do-poder-judiciario/>. Acesso em 03 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 290 de 13 de agosto de 2019. (Publicada DJ-e/CNJ n. 167/2019 em 16/08/2019). Brasília: 2019d. Altera a Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010, para estabelecer critério de aferição da produtividade decorrente da atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs. Disponível em:
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos->

normativos?documento=2979. Acesso em 09 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório do Comitê

Interinstitucional: proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – Agenda 2030. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Segundo-Relatorio-Comite-Interinstitucional-14022020.pdf>. Acesso em 03 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 313, de 19 de março de 2020. (Publicada DJ-e/CNJ n. 71/2020 em 19/03/2020).

Brasília: 2020a. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf>. Acesso em 04 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 314 de 20 de abril de 2020. (Publicada DJ-e/CNJ n. 106/2020 em 20/04/2020).

Brasília: 2020b. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução no 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em 04 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 329 de 30 de julho de 2020. (Publicada DJ-e/CNJ n. 247/2020 em 31/07/2020).

Brasília: 2020c. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal no 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acesso em 04 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 345 de 09 de outubro de 2020. (Publicada DJ-e/CNJ n. 331/2020 em

9/10/2020). Brasília: 2020d. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original175500202010145f873b7482503.pdf>. Acesso em 04 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 358 de 02 de dezembro de 2020. (Publicada DJ-e/CNJ n. 382/2020 em 3/12/2020). Brasília: 2020e. *Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação.* Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>. Acesso em 04 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 326, de 26 de junho de 2020. Brasília: 2020f. Dispõe sobre alterações formais nos textos das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original203228202006305efba15c2a6cd.pdf>. Acesso em 09 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 372 de 12 de fevereiro de 2021. (Publicada DJ-e/CNJ n. 38/2021 em 18/02/2021). Brasília: 2021. Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual.”. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>. Acesso em 04 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 385 de 06 de abril de 2021. (Publicada DJ-e/CNJ n. 86/2021 em 07/04/2021). Brasília: 2021a. Dispõe sobre a criação dos “Núcleos de Justiça 4.0” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>. Acesso em 04 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciais/justica-em-numeros/>. Acesso em 28 dez. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 150 de 11 de setembro de 2023. Altera o *Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra)*, instituído pelo Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023, para estabelecer regras para o processo de adjudicação compulsória pela via extrajudicial, nos termos do art. 216-B da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5258>. Acesso em 01 de jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 151 de 26 de setembro de 2023. Altera o *Código Nacional de Normas da*

Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, para dispor sobre o registro do natimorto e para estabelecer o procedimento de promoção do registro de nascimento de criança ou adolescente no caso de omissão.

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5282>. Acesso em 01 de jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 152 de 26 de setembro de 2023. Altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, para aprimorar as regras de averbação de alteração de nome, de gênero ou de ambos de pessoas transgênero. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5283>. Acesso em 01 de jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 153 de 26 de setembro de 2023. Altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, para dispor sobre o procedimento de alteração extrajudicial do nome perante o Registro Civil das Pessoas Naturais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5284>. Acesso em 01 de jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 118 de 1 de dezembro de 2014 (Publicada DOU, edição de 27/01/2015). Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154>. Acesso em: 30 dez. 2023.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law and Economics.** 3rd ed. New York: Addison Wesley Longman, Inc, 2000.

CORTINA, A; CONILL, J. La responsabilidad ética de la sociedad civil. **Mediterráneo económico**, n. 26, p. 13-29, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5194383>. Acesso em: 18 ago. 2024.

COSTA, A. B. N. Análise comparada dos tipos contratuais de concessão comercial e de franquia no ordenamento brasileiro: a busca pela delimitação da miríade legislativa, **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n. 19, julho-dezembro de 2016, Rio de Janeiro.

CRESPO, M. H. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. **Tribunal Multiportas:** investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. In: ALMEIDA, R. A. de; ALMEIDA, T; CRESPO, M. H (Org). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

CRETELLA NETO, J. **Do contrato internacional de franchising.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

CRETELLA NETO, J. **Manual Jurídico do Franchising.** São Paulo: Atlas, 2003.

CRETELLA NETO, J. **Direito Internacional público** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html.

DELGADO, J. A. A arbitragem: direito processual da cidadania, **Revista Jurídica**, São Paulo, ano 49, n. 282, p. 5-18, abr. 2001. Disponível em:
<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29760-29776-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2024.

DESCARTES, R. **Discurso do método.** Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIDIER JR, F. Princípio do autorregramento da vontade no processo civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, jul/set, p. 167-172, 2015. Disponível em:
<https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-57/pags-167-172>. Acesso em 29 jan. 2024.

DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador; Ed. Jus Podivm, 2015a.

DIDIER JR, F; FERNANDEZ, L. O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 88, abr/jun 2023, p. 165-192. Disponível em:
https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3978934/Fredie+Didie+r+Jr._Leandro+Fernandez__RMP-886.pdf. Acesso em: 07 ago. 2024.

DIDIER JR, F; FERNANDEZ, L. Justiça multiportas como um *ever-expanding system*: um ensaio sobre a abertura como característica do sistema de justiça no Brasil. In: MENDES, G.; RIBEIRO, P. D. DE M.; SARLET, I. W.; RODRIGUES JR., O. L. **Ensaios sobre direito constitucional, processo civil e direito civil**. Uma homenagem ao professor José Manoel de Arruda Alvim. São Paulo: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 149-162.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 4. ed. rev., atual e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v. 4. 5. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, M. H. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DONALDSON, T.; PRESTON, L. E. The stakeholder theory of the Corporation: concepts, evidence e implications. **The academy of Management Review**, n. 1, v. 20, Jan. 1995, p. 65-91. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/258887>. Acesso em: 18 ago. 2024.

DURKHEIM, E. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**. 9. ed. Lisboa: Presença, 2004.

ELKINGTON, J. Partnerships from cannibals with forks: the triple bottom line of 21 st-century business. **Environmental Quality Management**, v. 8, n. 1, p. 37-51, 1998.

ENTELMAN, R. F. **Teoria de conflictos**: hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**: contratos – teoria geral e contratos em espécie. v. 4. 5. ed. rev. ampl. e atual.

São Paulo: Atlas, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Manual de direito comercial.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FEIL, A. A.; SCHREIBER, D. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 14, n. 3, p. 667-681, Jul./Set. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cebape/v15n3/1679-3951-cebape-15-03-00667.pdf>. Acesso em 01 jan. 2024.

FERNANDES, M. C. P. **O contrato de franquia empresarial.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

FERREIRA, A. B. da C. P, Cláusulas escalonadas: repercussões da mediação na arbitragem. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution:** RBADR, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2021, p. 21-36. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/137>. Acesso em: 07 ago. 2024.

FERREIRA, D. B. GIOVANNINI, C. J. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado, **Revista Eletrônica do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 42, set./dez. 2020, p. 366-376. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-23.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2024.

FIGUEIREDO, B. F. **CONSUMIDOR.GOV.BR:** A exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fato de eficiência do poder judiciário, à luz da análise econômica do direito. 208 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/215010>. Acesso em: 12 mai. 2024.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

FISCHER, R.; URY, W; PATTON, B. **Como chegar ao sim:** negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FÔNSECA, V. **Processo Civil e direitos humanos** [livro eletrônico] 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html.

FORGIONI, P. A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 45/2015, p. 229-244. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7933326/mod_resource/content/1/16.2%20Forgioni.pdf. Acesso em 09 jul. 2024.

FRAZÃO, A. Responsabilidade social empresarial. **Constituição, empresa e mercado**. Org.: Ana Frazão, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, p. 200-223, 2017.

FREEMAN, R. E. **Strategic Management**: a stakeholder approach. 1. ed. London – United Kingdom: Pitman Publishing Inc, 1984.

FREEMAN, R. E. et. al. **Stakeholder theory**: the state of the art. UK: Cambridge University Press, 2010.

FRIEDMAN, D. D. **Law's order**: what economics has to do with law and why it matters. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

FROEHLICH, C. Sustentabilidade: Dimensões e métodos de mensuração e resultados. DESENVOLVE: **Revista de Gestão do Unilasalle**, v. 3, n. 2, set. 2014. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d353/99be9dad178a5b18d9eb8062c0984aa0cb86.pdf>. Acesso em 01. jan. 2024.

FÜRST, O. Prêmio Innovare. 2017. Disponível em: <https://www.oliviafurst.adv.br/premio-innovare2>. Acesso em 06 abr. 2024.

FÜRST, O; ALMEIDA, T. BRAGA, A (Coord). Práticas Colaborativas no Direito de Família, 2013. Disponível em: <https://praticascolaborativas.com.br/wp-content/uploads/2022/04/3-Premio-Innovare-Vencedor-na-categoria-Advocacia-2013.pdf>. Acesso em 06 abr. 2024.

GALANTER, M. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão, **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/Marc-Galanter.pdf>. Acesso em 05 jan. 2024.

GICO JR., I. T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito, **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, Jan-jun 2010. Disponível em: Acesso em: 05 mai 2024.

GICO JR., I. T. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência, **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, maio-agosto 2020. Disponível em:
<https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadefreito/article/view/3581>. Acesso em: 12 mai. 2024.

GLITZ, F. E. Z. Uma leitura da contemporaneidade contratual: lesão, cláusula de hardship e a conservação do contrato. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito (Setor de Ciências Jurídicas) Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em:
<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/34219?show=full>. Acesso em: 07 ago. 2024.

GLOBAL COLLABORATIVE LAW COUNCIL (GCLC). Sobre GCLC. 2017. Disponível em: <https://globalcollaborativelaw.com/about-gclc/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

GODOY, A. S de M. O Realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional, **Revista de Direito Econômico e Tributário**, v. 2, n. 1, Jan/Jun (2007). Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/issue/view/277>. Acesso em 24 fev. 2024.

GOMES, O. **Contratos**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, A. C. P. Questões e políticas de macroeconomia. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO P. R. P. (org). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

GORDON, R. W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual, **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, p. 187-202, jan-jun 2007. Disponível em:
<https://periodicos.fgv.br/reddireitogv/article/view/35204/34006>. Acesso em: 10 jul. 2024.

GRINOVER, A. P. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 25, n. 27, jan-mar. 1998. Acesso em 27 dez. 2023.

GURNICK, D. The first franchise, **Franchise Law Journal**, v. 40, n. 4, 2021, p. 631-646. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/franchising_law_journal/spring21/franchiselaw-spring21.pdf. Acesso em 14 jan. 2024.

HALL, Peter; DIXON, R. **Franchising:** uma nova forma de negociar. Lisboa: Presença, 1990.

HOMMERDING, A. N.; BUENO, D. Análise econômica do direito e interesse de agir: a jurisdição como última ratio para a solução de demandas consensuais, **Revista Jurídica**, v. 2, n. 69, Curitiba, 2022, p. 501-530. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2780>. Acesso em: 03 ago. 2024.

HUTTER, M.; TEUBNER, G. The Parasitic Role of Hybrids, **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, v. 149, p. 706-715, 1993. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40751654>. Acesso em: 10 jul. 2024.

INTERNATIONAL ACADEMY OF COLLABORATIVE PROFESSIONALS (IACP). Sobre IACP. Disponível em: <https://www.collaborativepractice.com/about-iacp>. Acesso em 03 abr. 2024.

JOHNSON, E. *The Pound Conference Remembered. Dispute resolution magazine*, Fall 2012, v. 19, n. 1. Disponível em: https://franksander.com/wp-content/uploads/2018/10/DRM_Fall12_Sander_Final.pdf. Acesso em 07 jan. 2024.

JONAS, H. **O princípio da responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2006.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, Lda, 2007.

KATSH, E.; RIFKIN, J.; GAITENBY, A. E-commerce, e-disputes and e-dispute resolution: In the shadow of "eBay law". **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Ohio, v. 15, n. 3, p.705-734, set. 2000. Disponível em: <http://www.umass.edu/cyber/katsh.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024.

KESSLER, G; FINKELSTEIN, L. J. *The Evolution of a Multi-Door*

Courthouse, v. 37. **Catholic University Law Review**, n. 577 (1988).

Disponível em:

<https://scholarship.law.edu/lawreview/vol37/iss3/2/>. Acesso em 10 de jan. 2024.

KILLION, W. L. **The History of Franchising**. In: MEIKLEJOHN, A.

M. (Lead Editor). *Franchising: cases, materials, & problems*. EUA: American Bar Association, 2013. Disponível em:

<https://www.americanbar.org/content/dam/aba-cms-dotorg/products/inv/book/215742/Chapter%201.pdf>. Acesso em 15 jan. 2024.

KLEIN, V. A economia dos contratos na teoria microeconômica: uma análise a partir do realismo crítico, 290 f., Tese (Doutorado em Economia), Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35722>. Acesso em: 28 mai. 2024.

KLOH, G. Teoria econômica da propriedade e dos contratos. In:

PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO P. R. P. (org). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

KULESZA, G.; PEDROSO, L.; VIEIRA, T. **Cláusula escalonada**: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, anula sentença arbitral por desrespeito à etapa de negociação pré-arbital. Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), s.d. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/clausula-escalonada-tribunal-de-justica-do-parana-anula-sentenca-arbital-por-desrespeito-a-etapa-de-negociacao-pre-arbital/>. Acesso em: 12 ago. 2024.

LAFONTAINE, F.; BLAIR R. D. *The Evolution of Franchising and Franchise Contracts: Evidence from the United States*, **Entrepreneurial Business Law Journal**, v. 3, p. 381-434, 2009. Disponível em: <https://kb.osu.edu/collections/641e6ff9-1069-594f-8c03-b81aef07adfb>. Acesso em 15 jan. 2024.

LEAL, F. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In:

PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO P. R. P. (org). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

LEWICKI, R. J. **Fundamentos de negociação**. Tradução Félix Nonnenmacher. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LOBO, J. **Contrato de “franchising”**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LOPES, M. M. de S. **Curso de Direito Civil**: fonte das obrigações, contratos. v. 3. 7. ed. rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LOPES, M. M. C. **A influência dos Stakeholders na responsabilidade social empresarial estratégica**. 355 f. Tese (Doutorado em Marketing) – Instituto Universitário de Lisboa – ISCTE - IUL, Lisboa, 2015. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/10038/1/phd_marta_cordeiro_lopes.pdf. Acesso em: 18 ago. 2024.

LORENZETTI, R. L. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.

LUCCA, N. de. **Da ética geral a ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUCCA, J. G. de. **Práticas Colaborativas**: um caminho não adversarial e interdisciplinar na transformação dos conflitos de família. 2020. 119 p., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/7642>. Acesso em: 13 abr. 2024.

MACFARLANE, J. **The New Lawyer**: how Settlement is transforming the practice of law. 1. ed. Vancouver: UBC Press, 2008.

MACKAAY, E; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2020.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MAEMURA, M. M. D. **Como as franquias funcionam e resolvem seus conflitos?** 1. ed. São José dos Pinhais: Editora Brazilian Journals, 2020.

MANCUSO, R. de. C. **Acesso à Justiça** [livro eletrônico]: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html.

MANKIW, N. G. **Introdução à economia**. Tradução: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2translate; Revisão Técnica: Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Censage, 2021.

MARCASSA FILHO, A. L. Da desjudicialização do processo civil brasileiro. In: PEDROSO, A. G de A. (Coord.). **O Direito e o Extrajudicial: Processo Civil** [livro eletrônico]: Ata notarial e outros instrumentos processuais. v. 5. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Acesso restrito via <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/268311379/v1/page/RB-1.2>.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, R. D. A resolução de disputas on line (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. **Revista de Direito e as novas tecnologias**, v. 5, 2019, Out-Dez 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5772965/mod_resource/content/2/22.10%20-%20A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20disputas%20online.pdf. Acesso em 11 jan. 2024.

MARTHINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTHINS-COSTA, J. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A.; TÔRRES, H.; CARBONE, P (Coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas**. 2. ed. São Paulo: Quartier latim, 2010.

MARTHINS-COSTA, J. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 25, 2010, Abr-Jun, p. 11-39. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7933292/mod_resource/content/1/12.2%20Martins-Costa.pdf. Acesso em: 11 ago. 2024.

MARTHINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos, **Revista Direito GV**, v. 1., n. 1, p. 41-66, mai. 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em 31 jan. 2024.

MARTINELLI, D. P; ALMEIDA, A. P. de. **Negociação**: como transformar confronto em cooperação. São Paulo: Atlas, 1997.

- MAYERLE, D. **A Sustentabilidade como dimensão jurídico material para recuperação judicial da empresa.** 2018. 249 p. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2018. Disponível em:
<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/219/Tese%20-%20Daniel%20Mayerle.pdf>. Acesso em 01 jan. 2024.
- MAZIERO, F. G. M. Inovação na solução de conflitos: a advocacia colaborativa, **Percurso Acadêmico**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 23-46. Jan./jun. 2018. Disponível em:
<https://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/17430/13789>. Acesso em 14 abr. 2024.
- MEDEMA, S. G.; MERCULO, N. **Economics and the law:** from Posner to postmodernism and beyond. 2. ed. New Jersey: Princeton Universitiy Press, 2006.
- MEDIARE. **Tania Almeida.** Biografia, 2023. Disponível em:
<https://mediare.com.br/biografia/>. Acesso em 06 abr. 2024.
- MEIRELES, R. M. V. A importância da cláusula de mediação, **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 30, n. 4, 2021, p. 255-267, out./dez. 2021, Belo Horizonte. Disponível em:
<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/667>. Acesso em: 07 ago. 2024.
- MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. **Da boa-fé no direito civil.** 5 reimp. Comibra: Almedina, 2013.
- MENKEL-MEADOW, C. **Dispute Processing an conflict Resolution:** theory, practice an policy. London: Routledge, 2016.
- MEZZAROBA, O. MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, M. B. de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENEZES DIREITO, C. A. As relações entre o franqueador e o franqueado e o código de defesa do consumidor, **Revista Direito Público**, v. 4, n. 16, p. 5-12, Abr-Mai-Jun, 2007. Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1306>. Acesso em 19 jan. 2024.
- MIRANDA, P. de. **Tratado de direito privado.** v. 3. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, P. de. **Tratado de direito privado:** parte especial. v. 38. Campinas: Bookseller, 2005.

MORAES, P. V. D. P. Novo Código de processo Civil – o Ministério Público e os Métodos Autocompositivos de conflito – Negociação, Mediação e Conciliação. In: ZANETI JR, H; CABRAL, T. N. X (Coord). **Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: Juspodvim, 2016.

MOREIRA, J. C. B. **Temas de Direito Processual:** terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. **Revista de processo**, São Paulo, n. 150, ago./2007.

NASCIMENTO, J. O. **ESG: o Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder – a triade regenerativa do futuro global.** 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Página RB-1.2. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html.

NEGREIROS, T. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NIELSEN, F. A. G. Uma reflexão sobre a abordagem sistêmica na negociação. In: MARTINELLI, D. P.; NIELSEN, F. A. G.; MARTINS, T. M (Org.). **Negociação:** conceitos e aplicações práticas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NITSCHKE, G. C. M. **Lacunas contratuais e interpretação:** história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NOGUEIRA, P. H. **Negócios jurídicos processuais.** 2. ed. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NORONHA, F. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, A. C. O. **Manual de Mediação** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html.

NUSDEO, F. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 6. ed. em e-book baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023. Acesso restrito via www.proview.thomsonreuters.com/library.html.

OLIVEIRA, G. J. de; GONÇALVES, C. C. Justiça multiportas, desjudicialização e negociação na administração pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil. In: NOLASCO, R. D. et. al (Coord).

Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Acesso restrito via <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253598259/v1/page/RB-7.1>.

OLIVEIRA, F. C.; GUNTHER, L. E. Responsabilidade social da empresa, pandemia e o direito brasileiro entre liberdade e solidariedade, **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, v. 7, n. 2, p. 39-57, Jul./Dez. 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/8223/pdf>. Acesso em 20 ago. 2024.

OLIVEIRA FILHO, S. D. **Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa:** a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas. 294 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11102022-100907/publico/4948092DIO.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2024.

OMURA, M. et. al. Conferência de Seoul 2014. Constituição e processo – Acesso efetivo à Justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas, **Revista de Processo**, v. 40, n. 250, p. 17-31, dez. 2015. Acesso em: 27 dez. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-na%C3%A7%C3%A3o-unidas>. Acesso em: 02 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da Onu. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 217 (III) A, Paris, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declar%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 02 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Agenda 2030.** 2015.

Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br>. Acesso em: 01 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Asamblea General. Resolución A/RES/72/279 **Nuevo posicionamiento del sistema de las Naciones Unidas para el desarrollo en el contexto de la revisión cuadrienal amplia de la política relativa a las actividades operacionales del sistema de las Naciones Unidas para el desarrollo**. 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/167/27/PDF/N1816727.pdf?OpenElement>. Acesso em: 01 jan. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1668801-0**. Apelação Cível. Ação declaratória de nulidade de sentença arbitral. Demanda julgada improcedente. Irresignação da requerente. Preliminar de apelação (agravo retido interposto na vigência do CPC/1973). Cerceamento de defesa. Inexistência. Preliminar afastada. Mérito recursal. Inobservância das regras contratuais (autonomia da vontade) e dos princípios que regem o procedimento arbitral (art. 32, VIII, Lei de Arbitragem) [...]. Relator: Des. Ramon de Medeiros Nogueira, 22 de agosto de 2017. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12418993/Ac%C3%B3rdão-1668801-0#integra_12418993. Acesso em: 11 ago. 2024.

PARMAR, B. L. et. al. Stakeholder theory: the state of the art, **Academy of Management Annals**, v. 4, n. 1, p. 403-445, 2010.

PASSEIRO, L. M. P. R. Contrato de Franquia e Indemnização de clientela. 173 f. Dissertação de Mestrado. Instituto Superior Bissaya Barreto (Fundação Bissaya Barreto), Coimbra, 2011. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/29040/1/Contrato%20de%20Franquia%20e%20Indemniza%C3%A7%C3%A3o%20de%20Clientela.pdf>. Acesso em: 20 set. 2023.

PAULA FILHO, A. M. A. de. Cláusula de mediação ou negociação obrigatória nos contratos de consumo: violação ao acesso à Justiça?, **Revista de Processo**, v. 315, p. 421-442, 2021.

PEREIRA, C. M. da. S. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHO, H. D. B. de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, H. D. B. de. Intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade, **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t.1, p. 241-271, set.-dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/index>. Acesso em 28 dez. 2023.

PINTO, C. A. da. M. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Actualizada. 12. reimp. Portugal: Coimbra Editora, 1999.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006a.

PORTO, A. J. M. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO P. R. P. (org). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

PORUTGAL. **Decreto-Lei n. 47344**. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49800875>. Acesso em 23 jan. 2024.

POSNER, R. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva, revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PUGLIESE, A. C. F.; SALAMA, B. M. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor, **Revista Direito GV**, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan-jun 2008, São Paulo, Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/510df2d3-dfff-4fc0-bab7-48dd10f9f60f>. Acesso em 10 jul. 2024.

RAIFFA, H.; RICHARDSON, J.; METCALFE, D. **Negotiation Analysis**: The Science and art of Collaborative Decisin making. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE, M. **O Direito como Experiência:** introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REIS, C. **Inovações ao Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Y. B. A obrigatoriedade da cláusula escalonada med/arb, **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 3, Lisboa, 2019, p. 1897-1943. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-3/189>. Acesso em: 05 ago. 2024.

RIBEIRO, D. V. H. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário, **Revista de Informação legislativa**, ano 50, n. 199, jul/set. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p25. Acesso em 29 dez. 2023.

ROOPPO, E. **O Contrato.** Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SALLES, C. A. de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, L.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (coords.). **Processo e Constituição:** estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2013.073226-2.** Apelação cível. Cobrança. Contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas. Cláusula de reajuste visando equilíbrio contratual vinculada a alteração salarial de categoria profissional de funcionários da apelante. Dependência de prévia negociação. Inércia da apelante. interpelações não comprovadas. [...]. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 12 ago. 2024.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2014.059939-7.** Plano de saúde coletivo. Reajustes exorbitantes do valor da mensalidade em decorrência do aumento da sinistralidade. Ausência de prova do elevado acréscimo na utilização dos serviços, bem como dos parâmetros que respaldam tais acréscimos. Necessidade de negociação prévia entre a seguradora, administradora estipulante e contratante (beneficiários) prevista na

cláusula 6^a, § 1º, do contrato firmado entre as partes. inocorrência [...]. Disponível em:
https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 12 ago. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1025238-94.2016.8.26.0114.** Apelação. Ação de obrigação de fazer c/c perdas e danos. Sentença de extinção da ação, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 485, vi, do cpc/2015. Reconhecimento de cláusula compromissória de mediação. Requerido que não demonstrou o interesse em resolver o conflito de forma consensual [...]. Relator: Des. Alexandre Lazzarini, 24 de agosto de 2020. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13890815&cdForo=0>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1091214-22.2018.8.26.0100.** Apelação – Franquia – Sentença de extinção do processo sem resolução de mérito – Decreto de carência da ação, por falta de interesse processual, ante a existência de cláusula contratual obrigatória de negociação e mediação prévias – Cláusula ineficaz, por violar os princípios do acesso à justiça e da voluntariedade da mediação [...]. Relator: Des. Jorge Tosta, 16 de Junho de 2021. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14725916&cdForo=0>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1012525-73.2023.8.26.0007.** APELAÇÃO. Prestação de serviços para implementação de software. Ação de rescisão contratual cumulada com reparação de danos. Cláusula compromissória de mediação. Extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inc. VII, do Código de Processo Civil – CPC. Irresignação da empresa autora (Contratante). [...]. Relator: Des. Issa Ahmed, 11 de Julho de 2024. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=18094862&cdForo=0>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Manual de arbitragem:** mediação e conciliação. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SEVERO, L. Importância, funcionalidades e relação das cláusulas escalonadas na mediação e arbitragem, **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution:** RBADR, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, jul./dez. 2020, p. 67-82. Disponível em:
<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/165054>. Acesso em: 10

ago. 2024.

SCHWAB, K. **A Quarta revolução Industrial.** Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, A. F. C; EFING, A. C. A Sociedade: tendências de consumo e a ética empresarial. **Conpedi Law Review**, Madrid - Espanha, v. 1, n. 7, p. 76-93, ano 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3465/2978>. Acesso em 17. ago. 2024.

SILVA, M. A. da; KNOERR, V. C. de S. Responsabilidade Social da empresa e subcidadania pautas para uma reflexão de indole constitucional, **Revista Jurídica**, v. 2, n. 31, p. 435-453, Curitiba. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/64>. Acesso em: 23 ago. 2024.

SILVEIRA, A. Di M. da; YOSHINAGA, C. E.; BORBA, P. da R. F. Crítica à teoria dos Stakeholders como função-objetivo corporativa, **Caderno de Pesquisas em Administração**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 33-42, jan-mar 2005. Disponível em: https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/clarudia_emiko_-_critica.pdf. Acesso em: 18 ago. 2024.

SOLOMON, R. C. **Business Ethics.** A Companion to ethics: edited by Peter Singer. Great Britain, Blackwell Publishers, 1991. Disponível em: <https://dorshon.com/wp-content/uploads/2018/03/A-Companion-to-Ethics.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SOUZA, A. R. Apontamentos sobre o estabelecimento de tentativa de autocomposição pré-processual obrigatória no direito brasileiro, **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 25, n. 2, Ano 18, maio a agosto de 2024, p. 42-73. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/85243>. Acesso em: 04 ago. 2024.

RÍOS, A. S. **Negociaciones Comerciales Internacionales.** Segunda edición. Prólogo de Didier Opertti Badán. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

RÍOS, A. S. **Negociação e teoria dos jogos** [livro eletrônico]. Tradução Ricardo Serrano Osorio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Acesso restrito via: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/132799443/v1/document/145888246/anchor/a-145888246>

RIZARDO, A. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROOPPO, E. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SALAMA, B. M. O que é pesquisa em direito e economia, **Cadernos DireitoGV**, Caderno 22, Escola de Direito de São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em:

<https://repositorio.fgv.br/items/125da566-a251-4ead-921f-a81fd424434c>. Acesso em: 18 mai. 2024.

SALAMA, B. M. Estudos em direito & economia [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EGV, 2017. Disponível em:

<https://editoravirtualgratuita.com.br/wp-content/uploads/2017/07/obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

SCHUNCK, G. B. Contratos de longo prazo e dever de cooperação. 239 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em:
https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28032014-144357/publico/Giuliana_Bonanno_Schunck.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 23-50.

SILVA, F. L. de M. **Franchising e estabelecimento franqueado**. 225 f. Tese de Doutorado (Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em:
<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8448/1/Flavio%20Lucas%20de%20Menezes%20Silva.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SILVA, J. A da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, E. da [et al.]. **Trabalhos acadêmicos Ânima Educação**: Apresentação Gráfica. São Paulo: Ânima Educação, 2021. Disponível em: <https://www.unicuritiba.edu.br/biblioteca/>. Acesso em 23 dez. 2023.

SIMÃO FILHO, A. **Franchising**: aspectos jurídicos e contratuais. São Paulo: Atlas, 1993.

SOLER, P. *et. al.* Modelos para evaluar la sostenibilidad de las organizaciones. **Estudios Gerenciales**, Cali – Colombia, v. 34, n. 146, p. 63-73, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/eg/v34n146/0123-5923-eg-34-146-00063.pdf>. Acesso em 01. jan. 2024.

SPENGLER, F. M. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SURIANI, F. M. F. *Access to justice and Consumidor.gov case*. In: WOLKART, E. N. [et. al.] (Coord). **Direito, processo e tecnologia** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 Acesso restrito via <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/235813054/v1/page/RB-11.2>.

SZTAJN, R. A incompletude do contrato de sociedade, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 283-302, 2004. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626/70236>. Acesso em: 08 jun. 2024.

SZTAJN, R. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R (org). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. 6. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, R. Sociedades e contratos incompletos, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 171-179, jan-dez. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67703>. Acesso em: 08 jun. 2024.

TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

TEIXEIRA, A. V.; SOBRINHO L. L. P; REATO, T. T. Sustentabilidade e ESG: o consumo sustentável no cenário neoliberal, **Veredas do Direito**, v. 21. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/vd/a/LNcHQT8TkQD85K339kBNFhq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 ago. 2024.

TESLER, P. H. Collaborative Family Law, **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, v. 4, p. 317-336, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/2/>. Acesso em 21 abr. 2024.

TESLER, P.; THOMPSON, P. **Collaborative divorce:** the revolutionary new way to restructure your Family, resolve legal issues, and move on with your life. New York: HarperCollins e-books, 2007.

TESLER, P. H. Collaborative Family Law, the New Lawyer, and Deep Resolution of Divorce-Related Conflicts, **Journal of Dispute Resolution**, Article 7, p. 83-130, 2008. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

THEODORO JÚNIOR, H; MELLO, A. M. T. de. O Regime do contrato (típico) de agência e distribuição (Representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 923, n. 825, jul. 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5122521/mod_resource/content/0/10%20-Theodoro%20Jr.%20e%20Mello%2C%20O%20regime.pdf. Acesso 22 jan. 2024.

TEUBNER, G. Beyond Contract and Organization? The External Liability of Franchising Systems in German Law. Franchising and the law: theorectical and comparative approaches in europe and the united states, Christian Joerges, ed., Baden-Baden, p. 105-132, 1991. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896501. Acesso em: 01 jul. 2024.

TEUBNER, G. In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 7, p. 51-71, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893146. Acesso em 01 jul. 2024.

TIJERINA, E. S. C. **La Cláusula med-arb em la actualidad> mediación y Arbitraje vinculados**, 2016. 431 p., Tese (Doutorado em DRET Patrimonial) – Universitat Pompeu Fabra – upf., Barcelona, 2016. Disponível em: <https://repositori.upf.edu/handle/10230/26143?locale-attribute=es>. Acesso em 03 mar. 2024.

TOFFOLI, J. A. D. Acesso à justiça na Constituição de 1988 e métodos adequados de resolução e conflitos no Brasil. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello

Lavenère (Coords.). **Constituição da República 30 anos depois:** uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77-92.

TOFFOLI, J. A. D.; PERES, L. C. M. Desjudicialização conforme a constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: NOLASCO, R. D. et. al (Coord). **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Acesso restrito via <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253598259/v1/page/RB-1.3>.

TOMASEVICIUS FILHO, E. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 42, n. 168, out/dez 2005. Disponível em:
https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/168/ril_v42_n168_p197.pdf. Acesso em 10 fev. 2024.

UNIFORM LAW COMISSION. *About Us*. 2024. Disponível em:
<https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview>. Acesso em 06 abr. 2024.

UNIFORM LAW COMISSION. Uniform Collaborative Law Act. Santa Fé, New Mexico, 2010. Disponível em:
<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments?communitykey=fdd1de2f-baea-42d3-bc16-a33d74438eaf&LibraryFolderKey=&DefaultView=>. Acesso em 06 abr. 2024.

UNIVERSITY OF NEW HAMPSHIRE. Peter T. Paul College of Business and Economics. Rosenberg International Franchise Center. Disponível em: <https://paulcollege.unh.edu/rosenberg/franchise-pioneers-world/martha-matilda-harper>. Acesso em 17 jan. 2024.

UNIVERSITY OF MASSACHUSETTS AMHERTS. College of Social & Behavioral Sciences: Department of Political Science. People. Ethan Katsh. Bio. Disponível em: <https://polsci.umass.edu/people/ethan-katsh>. Acesso em 10 jan. 2024.

UNIVERSITY OF MASSACHUSETTS AMHERTS. College of Social & Behavioral Sciences: Department of Political Science. People. Janet Rifkin. Bio. Disponível em: <https://polsci.umass.edu/people/janet-rifkin>. Acesso em 10 jan. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA. U. S. Supreme Court. **California v. Central Pacific R. Co., 127 U. S. 1 (1888)**. Decided April 30, 1888. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/127/1/>. Acesso em 16 jan. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA. U. S. Department of the Interior. National Park Service. **Historic Jamestowne**. Part of Colonial Historical Park Virginia. Disponível em: <https://www.nps.gov/jame/learn/historyculture/a-short-history-of-jamestown.htm>. Acesso em 16 jan. 2024.

UNIVERSITY OF SOUTHERN CALIFORNIA. USC. Disponível em: <https://www.usc.edu/we-are-usc/the-university/our-history/>. Acesso em 09 jan. 2024.

UNITED STATES COURTS FOR THE NINTH CIRCUIT. Disponível em: <https://www.ca9.uscourts.gov/district/district-and-bankruptcy-courts/>. Acesso em 09 jan. 2024.

URY, W. L. **Negocie para vencer**: instrumentos práticos e criativos para chegar ao sim. Tradução Regina Amarante. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: HSM Editora, 2013.

VANCE, P. de. S; SILVA, V. L. dos. S.; AZEVEDO, P. F. de. Origens, evolução e prática do *Franchising*. In: SILVA, V. L. dos S.; AZEVEDO, P. F. de. (Org.). **Teoria e Prática do franchising**: estratégia e organização de redes de franquia. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, J. B. BARRETO, R. T de S. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília: Enap, 2019. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/jspui/bitstream/1/4281/1/5_Livro_Governan%C3%A7a%20Gest%C3%A3o%20de%20Riscos%20e%20Integridade.pdf. Acesso em: 19 ago. 2024.

VILLARIJ, M. **Negociación de Disputas Legales**: a sombra del litigio. Barcelona: JMB Bosch Editor, 2018.

VOSS, C. **Negocie como se sua vida dependesse disso**. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

WALD, A. **Obrigações e Contratos**. 14. ed. rev. atual. E ampl. de acordo com a Constituição de 1988, as modificações do CPC, a jurisprudência do STJ e o Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WALLACE, J. C. Judicial Reform and the Pound Conference of 1976,

v. 80, **Michigan La Review**, N. 592 (1982). Disponível em:
<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol80/iss4/5>. Acesso em 09 jan. 2024.

WATANABE, K. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. Participação e processo. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1988. p. 416. Acesso em: 28 dez. 2023.

WATANABE, K. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed, 2005.

WATANABE, K. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, V. 136, n. 195, P. 381-389, maio / 2011. Acesso em: 27 dez. 2023.

WATANABE, K. Acesso à Justiça e meios consensuais de solução de conflitos. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. In: ALMEIDA, R. A. de; ALMEIDA, T; CRESPO, M. H (Org). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

WEBB, S.; OUSKY R. **The Collaborative Way to Divorce**: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids – WITHOUT GOING TO COURT. New York: Penguin Group, 2007.

WEBB, S.; OUSKY, R. History and development of collaborative practice, **Family Court Review**, v. 49, n. 2, april 2011, p. 213-220. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/journal/17441617>. Acesso em 28 mar. 2024.

WEDY, G. **Curso de direito climático** [livro eletrônico]. 1. ed. em e-book baseada na 1. Ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. Acesso restrito via <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/314960338/v1/page/RB-1.21>.

WESTERN CENTER ON LAW & PROPERTY. Disponível em: <https://wclp.org/about-wclp/>. Acesso em 09 jan. 2024.

WILLIAMSON. O. E. Strategizing, economizing, and economic organization, Strategic Management Journal, v. 12, p. 75-94, 1991. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2486435>. Acesso em: 28 mai. 2024.

WILLIAMSON, O. E. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

WILLIAMSON, O. E. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R (org). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. 6. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WILLIAMSON, O. E. Transaction Cost Economics: the natural progression. **The American Economic Review**, v. 100, n. 3, p. 673-690, 2010. Disponível em:

<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.100.3.673>. Acesso em: 30 mai. 2024.

WILLIAMSON, O. E. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados, relações contratuais. São Paulo: Pezco Editora, 2012.

YEUNG, L. Além dos “achismos”, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do Judiciário brasileiro, 242 f., Tese de Doutorado, Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010. Disponível em:

<https://repositorio.fgv.br/500>. Acesso em: 25 mai. 2024.

YEUNG, L. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconómicos. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO P. R. P. (org). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN R. Análise econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (org). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. 6. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZORRILLA, D. M.; SOLER, R. C. **Introducción a la argumentación y la negociación**. Barcelona: Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, 2009.

O presente trabalho se desenvolve como proposta, na aplicação da negociação, no formato colaborativo, nos contratos de franquia, como condição prévia ao acesso à jurisdição, instrumento hábil ao alcance da responsabilidade social da empresa. A justificativa da aplicação da negociação em cláusulas nos contratos de colaboração, se torna manifesta em razão da intensificação da desjudicialização, como instrumento de política pública de satisfação de conflitos, uma das Metas previstas na ODS de n. 16 (promoção de sociedades pacíficas, proporcionando acesso a justiça para todos e instituições eficazes). A obra retrata a aplicação de cláusulas de negociação sob uma perspectiva da análise econômica do direito, notadamente sob o enfoque dos contratos incompletos, e a necessidade de solução de lacunas nos contratos, ante a contingências existentes no cotidiano. Ao fim, defende-se a aplicação da negociação, através de metodologia própria aplicada, como instrumento em favor da responsabilidade social, com a finalidade de manutenção da cadeia produtiva da empresa e de empregos, além dos efeitos externos aos consumidores, sociedade e meio ambiente.

Sobre o autor: Alexandre Magno Augusto Moreira

Doutor em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIVERSIDADE PARANAENSE - UNIPAR. Coordenador do Curso de Direito da UNIVERSIDADE PARANAENSE - UNIPAR - Unidade Universitária de Francisco Beltrão - Pr. Docente titular nas disciplinas de Direito Processual Civil (Teoria geral e Conhecimento), Recuperação Judicial e Falências, direito civil (responsabilidade civil). Advogado, com especialização nas áreas de Direito Empresarial, Processual Civil, Direito Civil e Ambiental, com ênfase na atuação profissional nas seguintes áreas: negociação (extra)judicial, contencioso cível (material e processo), empresarial, trabalhista, consumidor e docência universitária (Graduação e Pós-graduação lato/stricto sensu).

