

**FRANQUIA E ARBITRAGEM: BREVE ESTUDO A PARTIR
DE EMBLEMÁTICA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

FRANCHISE AND ARBITRATION: BRIEF STUDY FROM AN
EMBLEMATIC DECISION OF THE SUPERIOR COURT OF
JUSTICE

Fabiano Koff Coulon *
Fernanda Borghetti Cantali**

*Doutorado em Direito em 2013 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em 2007 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Especialista em direito em 2003 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais em 1993 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

E-mail: fabiano.coulon@gmail.com

**Doutoranda na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Mestrado em Direito em 2008 na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

Mestrado profissional em Master of Laws em 2017 no Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS/CEU).

Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais em 2003 na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

E-mail: fernandaborghetti@hotmail.com

Como citar: COULON, Fabiano Koff; CANTALI, Fernanda Borghetti. Franquia e arbitragem: breve estudo a partir de emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 101-124, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p101. ISSN: 2178- 8189.

Resumo: Franquia é um negócio celebrado para a colaboração entre empresários. Tratando-se de um contrato interempresarial é fundamental garantir-se a autonomia e a liberdade contratual das partes, respeitando-se, por exemplo, a cláusula que elege a arbitragem para solução de conflitos. Os sistemas de franquia, para funcionarem como tal, exigem uma certa padronização, inclusive no que se refere ao contrato que instrumentaliza o negócio. Contudo, a padronização do negócio não pode implicar na classificação do contrato de franquia como de adesão. Não obstante, foi esse o principal argumento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para declarar a nulidade de cláusula compromissória patológica inserida em contrato de franquia, submetendo a controvérsia ao Poder Judiciário. Os principais objetivos do presente artigo são: demonstrar que o contrato de franquia não é um contrato de adesão, mas, no máximo, por adesão, bem como que tal posicionamento do Judiciário gera insegurança para as relações negociais e desestabiliza o mercado. Parte-se, pois, do caso concreto para a realização da análise, utilizando-se o método indutivo.

Palavras-Chave: Franquia; Arbitragem; Contrato de adesão; Mercado; Segurança jurídica.

Abstract: Franchise is a business concluded for collaboration between entrepreneurs. In the case of a business-to-business contract, it is essential to guarantee the autonomy and contractual freedom of the parties, respecting, for example, the clause that elects arbitration to resolve conflicts. The franchise systems, to

function as such, require a certain standardization, including the contract that instrumentalizes the business. However, the standardization of business cannot imply in the classification of the franchise contract as a pure standard form contract. Nevertheless, this was the main argument used by the Brazilian Superior Court of Justice to void a pathological arbitration clause inserted in a franchise agreement, submitting the controversy to the Judiciary. The main objectives of this article are to demonstrate that the franchise contract is not a pure standard form contract, as well as that such judicial guidance generates insecurity for the business relations and destabilizes the market. The case is taken as the starting point for the analysis, through the use of the inductive method.

Keywords: Franchising; Arbitration; Standard form contract; Market; Legal certainty.

INTRODUÇÃO

Franquia é um modelo de negócio, instrumentalizado, do ponto de vista jurídico, por um contrato. As partes contratantes obviamente possuem, pelo menos, uma diferença entre si: quem detém a expertise do negócio é o franqueador. E não se espera que seja diferente, afinal, o franqueado somente adquire uma franquia para poder ter um negócio cujo modelo já foi experimentado por quem irá lhe passar o *know-how* para o empreendimento.

Dessa relação negocial entre empresários podem emergir conflitos, solucionáveis pelo Poder Judiciário ou por outros métodos como a Arbitragem. Esta, inclusive, tem se mostrado mais eficaz na solução dos conflitos envolvendo franquias, dada a sua especialidade, celeridade e caráter sigiloso.

A inserção da cláusula compromissória nos contratos de franquia sempre foi de observância obrigatória pelas partes que livremente optaram por ela quando do ajuste negocial. Porém, recentemente o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que, tratando-se o contrato de franquia de contrato de adesão, a cláusula compromissória pode ser declarada nula, submetendo a contenda ao Poder Judiciário.

Desse posicionamento, surgem questionamentos: É possível concluir que todo o contrato de franquia é um contrato de adesão? Qual o tipo de patologia que implicaria na nulidade da cláusula compromissória? A alegação de que a parte franqueada é hipossuficiente e foi compelida a aderir ao contrato com tal disposição é suficiente para tal desfecho?

O presente artigo parte da análise do caso julgado pelo STJ e de desdobramentos da referida decisão nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, e tem por objetivos analisar as peculiaridades do sistema de franquia, apresentar a arbitragem como técnica de solução de conflitos (a qual traz como um de seus princípios estruturantes o da *Kompetenz-Kompetenz*), bem como avaliar a necessidade de respeito ao contrato como forma de manter a estabilidade das relações negociais e do mercado, o que é essencial para a segurança jurídica que se deseja no tráfego negocial. A matriz teórica que será utilizada para tanto é a da análise econômica do direito, programa de pesquisa que defende a utilização de conceitos e métodos desenvolvidos na economia para melhor elucidação das consequências das variadas formas de aplicação das normas jurídicas (no que se convencionou denominar de “análise econômica positiva”), bem como eventualmente para recomendar formas de interpretação e aplicação do direito que melhor se amoldem ao objetivo de utilização racional dos recursos disponíveis para incremento do bem-estar de partes interessadas ou da sociedade em geral (ou “análise econômica normativa”). Na hipótese, será utilizada a noção de economia de custos de transação, pioneiramente desenvolvida nos estudos de Ronald Coase e aqui aplicada para criticar a solução alcançada no julgado enfocado.

1 O CASO: O STJ E O CONTRATO DE FRANQUIA COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.602.076/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se discutia a validade de cláusula compromissória pactuada em contrato de franquia, reconheceu a nulidade da referida cláusula sob o argumento de que, em sendo a cláusula patológica¹, poderia o Poder Judiciário declarar sua nulidade, independentemente do estado em que se encontrasse o procedimento arbitral.²

Os ministros entenderam que, a despeito de o contrato de franquia refletir um acordo celebrado entre empresários, caracterizado por ser um contrato típico, misto, bilateral e de prestações recíprocas e sucessivas, teria esta natureza de contrato de adesão. Nessa medida, utilizou-se como fundamento legal para a decisão a própria Lei de Arbitragem, a qual, no §2º do seu artigo 4º, restringe a eficácia da cláusula compromissória nos casos de contratos de adesão (BRASIL, 1996). A regra consagra que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente concordar expressamente com a sua instituição ou tomar a iniciativa de instituir o procedimento arbitral.

No caso julgado pelo STJ, a franqueada objetivava a anulação do contrato de franquia ou, subsidiariamente, a sua rescisão, condenando-se a franqueadora a devolver todos os valores envolvidos, tais como: taxa de franquia, *royalties* e multa pela rescisão contratual. O juízo de primeiro grau entendeu que a cláusula compromissória era ineficaz por se tratar de contrato de adesão. Já no TJSP, o entendimento foi diverso, e a decisão, tomada por maioria, foi de extinção do processo sem resolução do mérito em razão da validade da cláusula compromissória, já que, se o contrato de franquia é celebrado entre empresários, não se pode considerá-lo de adesão, devendo-se, assim, afastar a incidência da legislação consumerista³.

No STJ, o argumento de aplicação das regras de consumo ao contrato de franquia foi

1 “Em estudo elaborado em 1974, Frederic Eisemamm denominou de *clauses pathologiques* (cláusulas doentes) as cláusulas defeituosas, imperfeitas ou incompletas, que pela ausência de elementos mínimos suscitam dificuldades ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem. A redação imperfeita da cláusula arbitral representará a instauração de um contencioso parasita, redundando na procrastinação da arbitragem, posto que a parte que não tenha interesse em instituí-la fará uso da redação imperfeita, ambígua ou contraditória para suscitar interpretações diferentes ou alegar a nulidade da cláusula compromissória, adiando, assim, o regular processamento da arbitragem.” (EISEMAMM, 1974 apud LEMES, 2002).

2 O caso foi assim ementado: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1602076/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma do STJ, j. em 15/09/2016) (BRASIL, 2016).

3 Conforme ementa do julgamento no TJSP: COMPETÊNCIA ABSOLUTA Ação anulatória de circular de oferta de franquia e contrato de franquia cumulada com pedido de indenização Existência de cláusula compromissória. Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual deduzida na defesa Rejeição em despacho saneador. Contrato de franquia celebrado entre empresários, afastando a incidência da legislação de consumo. Validade da cláusula compromissória. Extinção do processo, sem resolução do mérito declarada (CPC, art. 267, VII). Agravo provido. Dispositivo: Por maioria de votos, deram provimento, e extinguiram o processo, sem resolução do mérito, vencido o 2º desembargador, que negava provimento ao recurso e declara voto. (TJSP; Agravo de Instrumento 2067864-36.2014.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Araçatuba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/11/2014; Data de Registro: 25/11/2014) (SÃO PAULO, 2014).

rechaçado de plano, partindo-se do entendimento consolidado naquela Corte de que a franquia é um contrato empresarial, não se podendo cogitar de o franqueado ser consumidor quando a relação é nitidamente de fomento empresarial. Não obstante, a ministra relatora, analisando a natureza jurídica do contrato de franquia, afirmou tratar-se “inegavelmente” de um contrato de adesão. Sustentou que o contrato de adesão não seria uma espécie de contrato, mas uma técnica de formação de contrato e que tal técnica não seria utilizada apenas nos contratos de consumo, mas também em outras relações contratuais, tais como as de franquia. Assim sendo, em todo o contrato de adesão, mesmo não sendo de consumo, a eficácia da cláusula compromissória poderia ser restringida por força do §2º do artigo 4º, da Lei de Arbitragem.

O outro argumento utilizado para a fundamentação da decisão foi o da competência do Poder Judiciário para apreciar a validade da convenção arbitral, abrandando, dessa forma, a aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*. Argumentou-se que, como regra, indicar-se-ia a prioridade do juízo arbitral para dispor acerca de sua própria competência ou da validade ou nulidade da cláusula arbitral, mas também que, em casos que escapassem à regra geral, quando esteja caracterizada *prima facie* a ilegalidade da convenção de arbitragem, poderia o Judiciário declarar nula a cláusula compromissória, independentemente da fase em que se encontrasse o procedimento arbitral.

Apresentado o caso, importante estabelecer algumas premissas de análise, principalmente no que tange às peculiaridades do sistema de franquia e seus instrumentos jurídicos, bem como em relação à arbitragem como técnica de solução de conflito, a qual deverá ser utilizada sempre que as partes afastarem a jurisdição estatal através da convenção de arbitragem.

2 PECULIARIDADES DO SISTEMA DE FRANQUIA E SEUS INSTRUMENTOS JURÍDICOS

“*Franchising is other people’s money*” é definição comum de franquia para o mercado norte-americano. Obviamente que não se trata de definição técnico-jurídica, mas mostra a essência desse tipo de negócio, qual seja: o modelo de *franchising* permite que o empresário expanda seu negócio de maneira organizada e com menor investimento próprio.⁴

A palavra *franchising* indica o direito que um empresário confere a outro de comercializar os produtos ou serviços de sua marca em uma área geográfica pré-determinada, em troca de uma remuneração. Trata-se, à toda evidência, de um “método comercial destinado a poupar a abertura de filiais e despesas” (GOMES, 2008, p. 578), até porque o empresário que é licenciado para a exploração da marca deve ser independente. Não é à toa que tal modalidade negocial é celebrada através de um contrato celebrado entre empresários.

4 A International Franchise Association – IFA (2018) define franquia como modelo de expansão de negócio: “Franchising is simply a method for expanding a business and distributing goods and services through a licensing relationship. In franchising, franchisors (a person or company that grants the license to a third party for the conducting of a business under their marks) not only specify the products and services that will be offered by the franchisees (a person or company who is granted the license to do business under the trademark and trade name by the franchisor), but also provide them with an operating system, brand and support.”

A doutrina especializada refere que o caso pioneiro de franquia foi o da empresa norte-americana *Singer Sewing Machine* que, em 1850, pretendendo expandir seus negócios com pouco investimento, criou novos pontos de venda fornecendo licença de uso de marca, publicidade e técnica específica de varejo para a venda de suas máquinas de costura para comerciantes interessados em empreender. Com tal estratégia, criou o conceito de fornecimento de licença de uso da propriedade intelectual, aliado ao fornecimento do método de fazer negócio para que terceiros pudessem, a partir disso, criar seus próprios negócios. No Brasil, a partir da década de 1960 as franquias começaram a fazer sucesso através de redes como Yázigi, O Boticário, Localiza e Mister Pizza. (VIEGAS, 2007, p. 227-229).

Atualmente, no Brasil, as franquias empresariais são reguladas por lei especial: a Lei nº 8.955/1994, a qual definiu esse modelo de negócio, em seu artigo 2º, como sendo:

[...] o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício (BRASIL, 1994).

Embora existam diversas formas de definir o *franchising*⁵, pode-se dizer que se trata de um:

[...] sistema de colaboração entre duas empresas diferentes, mas ligadas por um contrato em virtude do qual uma concede a outra, mediante o pagamento de uma quantia e sob condições bem determinadas, o direito de exploração de uma marca ou fórmula comercial representada por um símbolo gráfico ou um emblema e assinalando-lhe, ao mesmo tempo, uma ajuda e serviços regulares destinados a facilitar esta exploração (FRANCES, 1987 apud SIMIÃO FILHO, 1997, p. 27).

Não obstante ser instrumentalizado através de um contrato, a palavra-chave para o entendimento deste modelo de negócio é *sistema*. É a sistematização que diferencia a franquia das outras modalidades contratuais mais diretas como a distribuição e o licenciamento puro (LEITE, 1991, p. 27).

Na verdade, a franquia resulta da combinação de diferentes contratos, por isso se afirma como um contrato híbrido e complexo (DI BLASI, 2010, p. 382). Envolve a distribuição de produtos ou serviços, a licença de uso de marca e outros bens de propriedade intelectual e a prestação sucessiva e continuada destes recursos, cumulada ou não com o direito de uso da tecnologia de implantação, de administração do negócio e de sistema operacional. (NEGRÃO, 2010, p. 311). Tudo isso é oferecido ao franqueado de forma contínua e sucessiva, para que este tenha condições de criar e expandir a sua própria empresa, pagando, em contrapartida, remuneração ao franqueador⁶,

5 Para uma vasta pesquisa sobre conceituação do *franchising*, incluindo análise de direito comparado, sugere-se a leitura da obra *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, de Adalberto Simião Filho (1997).

6 Existem três formas básicas de remuneração do franqueador pelo franqueado: a) Taxa de Franquia: valor pago

na forma e no prazo estabelecidos no contrato.⁷

Esse sistema de franquia se manifesta, na prática, de diferentes formas. Algumas vezes, a tecnologia de implantação e administração não faz parte do negócio. Disso depreende-se a existência duas modalidades de franquia, classificadas conforme a forma de gestão. A modalidade tradicional de franquia é aquela em que o negócio envolve simplesmente o direito de comercializar os produtos exclusivamente sob a marca do franqueador. Um exemplo dessa modalidade é a relação estabelecida entre as montadoras de veículos e as revendedoras autorizadas. Nessa perspectiva mais tradicional também existem as franquias de distribuição, como no caso da distribuidora de petróleo com os postos de gasolina, os quais operam com a “bandeira” do distribuidor (VIEGAS, 2007, p. 229-232).

O segundo modelo de franquia é o de negócio formatado ou de modelo de negócio (*Business Format Franchising*). O exemplo clássico desta modalidade é a rede de *fast food* McDonald's, o qual também demonstra a dimensão que este sistema de negócio pode tomar, já que nesta modalidade:

[...] o franqueador transfere as técnicas industriais e/ou métodos de administração e comercialização anteriormente desenvolvidas por ele, cedendo ao franqueado a marca e o conjunto de direitos de propriedade incorpóreos, para este operar sob sua supervisão e assessoria técnica na fabricação e/ou vendas de seus produtos e/ou serviços, em troca de uma compensação financeira firmada em acordo através de um instrumento de contrato (LEITE, 1991, p. 37).

Numa modalidade ou outra, certo é que se trata de negócio resultante da união de diferentes modalidades contratuais, o que justifica um número razoável de obrigações e responsabilidades que recaem sobre as partes. É por isso que se pode afirmar que a contratação de uma franquia exige um mínimo de sofisticação. Ou seja, se espera das partes que estejam minimamente assessoradas, contando pelo menos com a figura de um gestor, além de advogado e contador, figuras imprescindíveis para qualquer um que deseje empreender.

Aliás, ainda que as partes assumam obrigações recíprocas e suas responsabilidades, e que

para o ingresso no sistema de franquia para que, fazendo parte da rede, acesse todo o *know-how* desenvolvido pela franqueadora e obtenha a licença de uso da marca; b) Taxa de Royalties: valor pago periodicamente como retribuição ao acesso continuado do *know-how*, benefícios e uso da marca. Normalmente fixada em um percentual do faturamento, remunera a prestação de serviço do franqueador; e, c) Taxa de Marketing ou de Propaganda: valor pago para compor um fundo que será gerenciado pela franqueadora para uso em campanhas de divulgação da marca. (RIBEIRO *et al.*, 2011, p. 10).

⁷ Adverte-se ainda que é um grande equívoco pensar na franquia exclusivamente como uma relação contratual. Certo é que o documento jurídico que instrumentaliza o relacionamento entre as partes é o contrato de franquia, o qual é precedido de outro documento previsto na Lei de Franquias, no qual se expõe todas as informações pertinentes ao negócio: a circular de oferta de franquia. Mas franquia, enquanto modelo de negócio, envolve muito mais do que o contrato. Tanto assim que são muitos os advogados que trabalham com franquias, eis que, muito embora possam ter a expertise necessária para elaboração dos instrumentos jurídicos, muitos outros profissionais serão necessários para a formatação específica da franquia. O empresário que pretende franquear deverá primeiramente realizar uma avaliação da franqueabilidade do seu negócio, a qual envolve aspectos comerciais, financeiros e estratégicos. Concluindo pela franqueabilidade, será necessário definir os processos aos quais a franqueadora e as franqueadas estarão submetidas, os quais deverão ser manualizados. Numa etapa final da formatação do sistema, serão elaborados a circular de oferta e o contrato de franquia. Isso tudo para iniciar a comercialização da franquia e, depois de criada a rede, não se poderá descuidar da gestão da rede, seja no que toca expansão, relacionamento, marketing e planejamento. Para a compreensão da dimensão do sistema de franquia, sugere-se a leitura da obra “Gestão estratégica do *franchising*”, de Ribeiro *et al.* (2001).

se estabeleça entre elas uma relação de bastante proximidade, já que o contínuo relacionamento entre a franqueadora e os franqueados é um dos pontos-chaves para o sucesso da rede⁸, é certo que nada disso é garantia de sucesso comercial, na medida em que “a exploração de franquia é um negócio comercial sujeito a riscos e dependente da habilidade empresarial do franqueado e das variações de mercado.” (DI BLASI, 2010, p. 382).

Cabe ao franqueador uma tarefa árdua, na medida em que deverá preparar seu negócio para um processo de expansão e de relacionamento com outros empresários. Estes, os franqueados, também deverão se empenhar para o seu negócio seja bem-sucedido. O fato de o franqueador ser proprietário de uma marca consolidada e do conhecimento de como fazer as coisas, o que será fornecido ao franqueado que pretende investir em um negócio bem estruturado, como já dito, não é garantia de sucesso. Este vai depender do espírito empreendedor do franqueado, sua capacidade de assumir riscos, seu conhecimento sobre o setor, administração e finanças, algumas qualidades pessoais como liderança, perseverança, ambição e desejo de inovação, além da realidade do mercado onde ela será implantada, sendo altamente recomendável a realização de pesquisa de campo no mercado antes da realização do investimento (LEITE, 1991, p. 128-142).

Para além da classificação das franquias quanto à forma de gestão, são elas também classificadas conforme o âmbito do contrato. Nesse caso, existem as franquias diretas, ou seja, de produtos ou de serviços, que podem ser contratadas nas modalidades tradicional ou formatada, e as franquias indiretas. A mais conhecida modalidade de franquia indireta é a Franquia Máster (*Master Franchise*), na qual o franqueador repassa para o máster franqueado o direito de outorgar franquias a terceiros em um determinado território. Em verdade, o máster franqueado exerce atividade de franqueador, podendo até estar proibido de operar uma franquia diretamente ou, em outros casos, tem o dever de fazer uma operação direta para garantir experiência. Aliás, sugere-se que, em regra, os franqueadores operem diretamente pelo menos uma franquia, com o objetivo de ter contato direto com o destinatário final, o consumidor, o que é salutar para o próprio gerenciamento do sistema. A outra modalidade de franquia indireta é a de Desenvolvimento de Área de Franquia (*Area Development Franchises*), na qual o franqueador confere ao franqueado o direito de explorar diretamente – e não através de terceiros, como na modalidade máster – diversas franquias em uma extensa área territorial (VIEGAS, 2007, p. 232-234).⁹

Como se pode perceber, a franquia é um negócio celebrado para a colaboração entre os empresários. Paula Forgioni (2016a, p. 118-119), tratando das transformações gerais no Direito Comercial nas últimas décadas, indica que uma delas é justamente a ascensão dos contratos de

8 Many people, when they think of franchising, focus first on the law. While the law is certainly important, it is not the central thing to understand about franchising. At its core, franchising is about the franchisor's brand value, how the franchisor supports its franchisees, how the franchisee meets its obligations to deliver the products and services to the system's brand standards and most importantly – franchising is about the relationship that the franchisor has with its franchisees. In a 2014 survey by Franchise Business Review on franchisees' relationship with their franchisors it was determined: 90% enjoy operating their business, 88% of franchisees enjoy being part of their organization, 85% feel positive about their affiliation with their franchisor, 83% respect their franchisor, 80% feel their franchisor operates with a high level of honesty, 78% would recommend their franchise brand to others, and 73% would “Do it all over again” if they had the option (IFA, 2018).

9 Ressalte-se que existem diversas modalidades e formas de classificação das franquias. Para aprofundamento sobre as formas de classificação, sugere-se a obra de Roberto Cirne Lima Leite (1991, p. 31-38) e de Ana Cláudia Redecker (2002, p. 58-62).

colaboração. Afirma que, no decorrer do século XX, a forma de fazer negócios se alterou, dando origem a contratos híbridos, já que o exercício da empresa por agentes econômicos está cada vez mais ligado à sua colaboração com outras empresas. Não há como negar que a franquia é uma espécie do gênero contratos de colaboração, nos quais a articulação entre as partes contratantes é traço essencial.

O contrato e a Circular de Oferta de Franquia (COF) são os instrumentos jurídicos do *franchising*, pelo que se impõe sua caracterização. O contrato de franquia, considerado pelo INPI como uma espécie de contrato de transferência de tecnologia¹⁰, é bilateral, oneroso, de execução continuada, complexo e atípico:

A lei brasileira sobre franquias não confere tipicidade ao contrato: prevalecem entre franqueador e franqueado as condições, termos, encargos, garantias e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual entre eles firmado. Procura apenas a lei assegurar ao franqueado o amplo acesso às informações indispensáveis à ponderação das vantagens e desvantagens relacionadas ao ingresso em determinada rede de franquias (VIEGAS, 2007, p. 232).

Em verdade a lei¹¹ pouco cuidou do contrato de franquia, mas sim da COF, verdadeiro “dossiê” para o atendimento do princípio do *disclosure*, um dos pilares do sistema de franquia. A lei, portanto, obriga que, ao oferecer a franquia, o franqueador efetivamente preste ao interessado as informações indispensáveis para que se possa fazer a avaliação das reais condições proporcionadas pelo negócio. A COF, conforme a lei, deverá conter informações sobre o franqueador, como histórico, estrutura societária, demonstrações financeiras, registro de marca; sobre o perfil ideal do franqueado e a necessidade do seu envolvimento direto no negócio; sobre a franquia em si, delimitação territorial, valores envolvidos e o seu *market share*¹²; sobre obrigações do franqueador, ou seja, o que ele efetivamente irá oferecer; e sobre direitos e obrigações do franqueado, inclusive delimitando a eficácia pós-contratual no que toca ao *know-how* ou ao segredo de negócio transferido durante a contratação e a possibilidade ou não de implantação de atividade concorrente (VIEGAS, 2007, p. 241-247).

Tal é a força da COF que o seu não fornecimento na antecedência mínima de dez dias da celebração do contrato poderá gerar a anulabilidade deste, com devolução de todos os valores pagos pelo franqueado, além do ressarcimento de eventuais perdas e danos havidas, como dispõe o artigo 4º, parágrafo único, da Lei 8.955/94 (COELHO, 2010, p. 129-134).

O contrato, cujo modelo padrão deverá acompanhar a COF, precisa ser cuidadosamente elaborado já que, além de clara delimitação das partes, objeto, territorialidade, remuneração, exclusividade e prazo, muitas são as demais cláusulas recomendáveis como, por exemplo, a cláusula de recompra ou preferência para recompra pelo franqueador, possibilidade de cessão e

10 Para maiores informações, sugere-se o acesso ao site do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI (2017).

11 A lei comentada por Nelson Abrão (2011) pode ser encontrada na obra Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial organizada por Arnoldo Wald.

12 Posição da franquia no mercado, a partir de uma análise da concorrência.

transferência de direitos, necessidade ou não de averbação no INPI¹³, além da cláusula de eleição de foro, legislação e arbitragem (VIEGAS, 2007, p. 248-262).

Por fim, importante ressaltar que não se deve confundir, *a priori*, a necessidade de padronização do contrato de franquia com a contratação por adesão. Não há como não reconhecer que o contrato de franquia deve ser padronizado. Aliás, isso decorre da própria exigência legal de que o contrato padrão seja anexado à COF com o objeto de o interessado na eventual compra da franquia consiga visualizar o modo de trabalhar do franqueador, bem como porque não deve haver grandes divergências no tratamento dispensado aos diferentes franqueados.

Há quem sustente que o contrato de franquia é sempre por adesão¹⁴. Contudo, ousa-se divergir. Há situações em que as partes negociam a disposições contratuais previamente. Quando há negociação, o contrato é paritário. Portanto, a caracterização do contrato de franquia como paritário ou por adesão é uma questão fática, e não propriamente jurídica, que envolve a efetiva negociação realizada antes da celebração do contrato. Assim também o posicionamento de Juliana Viegas (2007, p. 249) para quem:

[...] o contrato de franquia não precisa ser, obrigatoriamente, um contrato por adesão. Deve ser, sim, padronizado em suas cláusulas gerais, por não deve haver tratamentos muito diferentes entre os vários franqueados de uma rede. Entretanto, dependendo das circunstâncias de cada potencial franqueado, pode haver alterações em cláusulas particulares, ou exigências especiais aplicáveis a franqueados individuais e que não se apliquem aos demais, comportando, pois, o contrato-padrão algumas alterações que o descaracterizam como contrato por adesão.

Ainda, por mais que se compreenda que o contrato de franquia é um contrato por adesão e, em algumas situações, de fato o será, não se pode olvidar de que o franqueado não está obrigado a aderir ao sistema de franquia. Assim, o elemento volitivo caracterizador da autonomia privada da parte está em justamente aderir ou não ao sistema negocial proposto pelo franqueador. Mais, considerando-se a oferta de diversas franquias no mercado, em que franqueadores concorrem disputando a preferência dos potenciais franqueados, o empreendedor poderá optar por contratar com outra parte que lhe ofereça condições mais vantajosas, ainda que através de contratos por adesão. Essa concorrência é que faz com que os contratos de franquia guardem diferenças significativas entre si, não obstante certa padronização (CRUZ, 2016a).

Embora não se compreenda como significativa a distinção por vezes feita entre o contrato de adesão e por adesão, clara é a posição de Rubens Requião (2011, p. 661) acerca do tema quando afirma que:

13 Registro imprescindível para a eficácia perante terceiros, dedução fiscal de pagamentos e para permitir a remessa de *royalties* ou da remuneração devida para o exterior, em moeda estrangeira, caso em que também será necessário registro no BACEN. Para aprofundamento do tema, sugere-se o artigo de Juliana Viegas (2007, p. 64-89).

14 Luciano Timm (2009, p. 95-97), concluindo que a classificação do contrato de franquia como de adesão ou paritário depende da análise do caso concreto, apresenta ótima síntese sobre as fortes divergências doutrinárias relativas ao tema.

Formula, geralmente, o franqueador um contrato padrão que serve para ordenar, uniformemente, as relações das partes. Revelam esses instrumentos contratos-típos, aos quais se ligam os franqueados por adesão espontânea, permitindo, assim, a formação de sólida e eficaz rede disciplinada de concessionários. O contrato, compreenda-se, não é um contrato de adesão, sendo apenas formado por adesão ao franqueado. Este age espontaneamente, manifesta livremente seu interesse e consentimento, sem a pressão das circunstâncias. Sabemos que o contrato de adesão, dado o monopólio de direito que por ele se forma, por concessão geralmente de serviço público, não permite alternativa para o contratante aderente. Este adere ou não obtém o serviço, não lhe dando a organização econômica e política do estado outra alternativa senão a submissão às normas contratuais impostas. Isso não ocorre com a franquia comercial, pois, não contratando com o franqueador, o franqueado tem toda a liberdade para agir em atividades concorrentes.

Pode-se afirmar ainda que o fato de a Lei de Franquia ocupar-se mais da questão informacional do que obrigacional, permite a interpretação de que a intenção do legislador foi a de prestigiar a liberdade negocial entre franqueador e franqueado, permitindo que as cláusulas contratuais resultem da livre pactuação entre as partes (BIANA; SANT'ANNA, 2017, p. 132).

Enfim, o contrato de franquia pode ser negociado entre as partes, como também pode, em determinadas situações, ser um contrato por adesão (TIMM, 2009, p. 97). Não se pode tomar posição apriorística, sob pena de partir-se de premissa equivocada. Só a análise do caso concreto é que poderá determinar a natureza do contrato de franquia.

3 ARBITRAGEM COMO MEIO MAIS EFICAZ DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS E O PRINCÍPIO DA *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Pode-se afirmar que a arbitragem é um mecanismo privado de solução de litígios bem sucedido na atualidade. O Brasil vem firmando posição assertiva em torno da arbitragem. Embora regulada por lei desde o ano de 1996 (Lei 9.307/96), muitas foram as barreiras enfrentadas até que se conseguisse firmar uma cultura em prol da arbitragem.

Atualmente, principalmente para a solução de controvérsias empresariais, a arbitragem vem se consolidando como meio mais eficaz que o da jurisdição estatal. O sigilo, a celeridade e a expertise dos árbitros sempre são apontados como vantagens na utilização deste mecanismo, o que, na perspectiva da análise econômica do direito, representa diminuição de custo de transação¹⁵ para as partes (TIMM, 2009, p. 17-29).

15 Ronald Coase, em artigo publicado no ano de 1937, intitulado *The Nature of the Firm*, chamou a atenção para a existência de custos não observados pela metodologia padrão de análise econômica. Visando explicar o fenômeno do surgimento e do crescimento da empresa através de pressupostos metodológicos realistas (embora sem deixar de aplicar as noções de margem e substituição), Coase ressaltou a existência de “custos de utilização do mecanismo de preços”, os quais posteriormente foram denominados de “custos de transação” (COASE, 1937). Para ele os custos de transação são os custos totais associados a uma transação econômica, em função dos relacionamentos que deverá manter com os demais integrantes do sistema produtivo. Os custos de transação implicam nos custos relacionados com as atividades que viabilizam a concretização de uma transação: a busca de informação relevante para a potencial transação, a negociação que delimita as intenções das partes, a formalização das relações através dos instrumentos contratuais, o monitoramento dos parceiros contratuais para avaliação do efetivo cumprimento do acordo celebrado e a correta aplicação do contrato no que toca as regras de rescisão em caso de descumprimento do ajuste (PINHEIRO; SADDI, 2005).

Em um litígio que envolve uma franquia empresarial, por exemplo, o sigilo pode ser fundamental, dado que a relação litigiosa envolve informações sensíveis à concorrência, ao *know-how* e eventual segredo de negócio. Busca-se também celeridade, já que a eternização dos processos judiciais pode levar os empresários até mesmo à falência. E o que se dirá da especialização dos árbitros em matéria empresarial, quando normalmente os juízes são generalistas e nem sempre têm condições de dimensionar adequadamente a repercussão de suas decisões para as partes, terceiros que com elas se relacionam e para o mercado em si. Além disso, outro delicado problema é a falta de estabilidade das decisões judiciais. A insegurança daí decorrente também não produz efeito apenas entre as partes litigantes, afetando o mercado como um todo e o seu desenvolvimento econômico (TIMM, 2009, p. 17).

Bruno Salama (2014, p. 386) defende que a arbitragem, além de reduzir custos de transação diretamente ligados à solução de litígios, pode também maximizar os ganhos na relação comercial entre as partes na medida em que “favorece o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos”. Por exemplo, se as partes optam pela inclusão da cláusula compromissória no contrato, de antemão já sabem que eventual litígio será resolvido por um árbitro, cuja expertise tende a diminuir a margem de erro no julgamento. Tal fato poderá ser um incentivo ao adimplemento contratual, melhorando a “moldura jurídico-institucional em que transcorre a relação negocial” (SALAMA, 2014, p. 386). O autor afirma categoricamente que “se a parte sabe que arcará com os ônus da sua má-fé contratual, a tendência é que se comporte de boa-fé” (SALAMA, 2014, p. 386).

Carlos Alberto Carmona (2009, p. 15) afirma que:

Arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

A imposição de solução pelos árbitros demonstra que se trata de meio heterocompositivo, não se assemelhando aos meios autocompositivos como a mediação e a conciliação. Trata-se de procedimento que será adaptado conforme a conveniência das partes. Estas não só elegem a arbitragem em si para a solução de conflitos, mas também o direito material e processual que será aplicável, a possibilidade de optar pelo julgamento de direito ou por equidade, com base em princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Conforme Carmona (2009, p. 15), “prestigiou-se em grau máximo e de modo expreso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da lei.”

O afastamento da jurisdição estatal pelas partes se dá mediante convenção de arbitragem, que pode ser celebrada antes do surgimento do litígio, com a inserção da cláusula compromissória no contrato celebrado entre as partes, ou mesmo após o surgimento da controvérsia, via celebração de compromisso arbitral, nos termos do artigo 3º da Lei de Arbitragem (CARMONA, 2009, p. 77-93).

No que toca à cláusula compromissória, as partes devem ter o cuidado necessário para não incluir no contrato uma cláusula patológica. Selma Lemes (2002) explica que a cláusula compromissória deve estabelecer condições mínimas de operacionalização da arbitragem, indicando se esta será institucional, apontando a câmara que administrará o procedimento e, assim, as regras procedimentais aplicáveis, ou se será *ad hoc*, definindo como serão indicados os árbitros e como será iniciado o procedimento. Além disso, sempre salutar determinar a lei e o idioma aplicável, o local e seu escopo. A ausência destas condições mínimas caracterizam as cláusulas defeituosas, imperfeitas ou incompletas, chamadas de patológicas. Estas podem causar embaraço ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem. As cláusulas patológicas podem ser inválidas, ou seja, redigidas de forma incongruente ao ponto de não se chegar a conclusão de que efetivamente se trata de uma cláusula compromissória, ou suscetíveis de validade. Estas são as cláusulas vazias ou incompletas, contraditórias ou ambíguas, as quais demandam interpretação para avaliação da real intenção das partes para fins de sua aplicação.

Também importante para o propósito da presente análise é a barreira imposta pela lei às cláusulas arbitrais nos contratos de adesão. O §2º do artigo 4º da lei estabelece duas formas de operacionalizar a arbitragem nos contratos de adesão. Uma delas é a condição de eficácia da cláusula compromissória ao início do procedimento arbitral pelo aderente. Esse dispositivo afasta o caráter vinculante da referida cláusula quando ela está inserida em contrato sem qualquer forma de destaque ou certeza de que o aderente tinha plena consciência de qual era a sua consequência. Em função disso, a segunda regra condiciona a eficácia da cláusula compromissória à concordância do aderente quanto ao seu conteúdo e inserção no contrato, a qual pode ser firmada em instrumento separado ou estar no corpo do contrato de forma destacada e com visto especial do aderente em relação a ela (CARMONA, 2009, p. 106-108; LEMES, 2005).

O importante é perceber que, seja a cláusula compromissória patológica, por que motivo for, ou mesmo se for necessário avaliar se o contrato de fato é ou não por adesão para fins de afastamento da jurisdição arbitral e devolução do litígio ao Judiciário, a apreciação *prima facie* da questão competirá à instituição arbitral. Isso deflui da aplicação do princípio da *kompetenz-kompetenz*, consagrado no parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem. Trata-se de um dos princípios basilares da arbitragem, segundo o qual é de competência do árbitro decidir sobre sua própria competência,

[...] resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral (CARMONA, 2009, p. 175).

Diz-se que o princípio da *kompetenz-kompetenz* é uma das molas propulsoras do desenvolvimento da arbitragem, já que negar a aplicação desse princípio, dando ao juiz togado a possibilidade de analisar, antes e em detrimento dos árbitros, a alegação da nulidade da cláusula

compromissória, atenta contra a autonomia de vontade das partes, até então presumivelmente livre e lícitamente manifestada, bem como contra a idoneidade do procedimento arbitral, retirando daqueles que elegeram este método de solução de conflito toda a segurança jurídica almejada com a escolha (COELHO, 2007, p. 327).

E não é só isso, o referido princípio não só atribuiu aos árbitros o poder de apreciar as questões relativas à validade e eficácia da convenção de arbitragem, mas também do contrato que contenha a cláusula compromissória. Eleonora Coelho (2007, p. 330) afirma que:

[...] cabe, portanto, aos árbitros apreciar todos os requisitos ensejadores de sua competência, tais como: capacidade daqueles que assinaram o contrato e a convenção arbitral, validade da manifestação de vontade e sua forma e arbitrabilidade objetiva do litígio.

Nesse ponto, a análise se mostra relevante à discussão sobre a arbitragem nos contratos de franquia empresarial. Afinal, não obstante defender-se a posição de que o contrato de franquia possa não apenas ser por adesão, mas também paritário, porque existem situações em que as partes negociam suas cláusulas, fato é que o STJ partiu do pressuposto de que as franquias são sempre instrumentalizadas por contratos de adesão.

A autora acima citada, quando menciona que cabe ao árbitro avaliar a forma da manifestação de vontade das partes contratantes, refere como exemplo justamente os contratos de adesão. Ou seja, atribui-se ao árbitro a tarefa de avaliar se foram ou não cumpridas às exigências do §2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem (COELHO, 2007, p. 330), e, antes disso, se de fato o contrato é por adesão ou não, o que condiciona a pertinência da aplicação das condições estabelecidas à eficácia da cláusula compromissória.

Luciano Timm (2009, p. 109-110), em estudo justamente destinado à arbitragem nos contratos de franquia defende, baseado em estudo jurisprudencial, que a cláusula compromissória tem força suficiente para afastar a jurisdição estatal, não se podendo excluir, de pronto, a arbitragem como o método adequado para a solução do litígio, mesmo que o contrato de franquia seja considerando, no caso concreto, como de adesão. Que dirá se considerado paritário. Sustenta que:

[...] em se tratando de qualquer discussão sobre a validade da cláusula compromissória nos contratos de franquia, sendo esta inserida no contrato de adesão ou não, deverá ser analisada pelo árbitro escolhido com base no princípio da *Kompetenz-Kompetenz*. Eventuais nulidades deverão ser discutidas a posteriori, mediante o controle judicial via ação de nulidade nas hipóteses previstas na lei 9307/96 (TIMM, 2009, p. 109-110).

Dessa forma, sendo ou não o contrato de franquia por adesão, necessário fazer valer a cláusula compromissória, nem que seja para o árbitro manifestar-se sobre a sua ineficácia e declarar-se incompetente para a solução do litígio. Só assim manter-se-á o necessário respeito ao princípio da *kompetenz-kompetenz*, bem como à autonomia privada e conseqüente liberdade

contratual.

4 O RESPEITO AO CONTRATO COMO FORMA DE MANTER A ESTABILIDADE DO MERCADO E DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

O contrato constitui a base da economia de mercado; é através dele que se viabiliza a circulação das riquezas. Assim, o contrato precisa ser pensado na perspectiva do mercado, bem como dos agentes econômicos que, atuando nele, transacionam. Afinal, “o mercado identifica-se com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos” (FORGIONI, 2016b, p. 24). Mais, não se pode conceber a empresa de forma isolada, quando, em verdade, pode ela ser entendida como o próprio agente econômico, na medida em que não apenas “é”, conforme afirma Paula Forgioni (2016b, p. 24), mas “age”, “atua” no mercado, por meio dos contratos; das interações com os demais agentes econômicos. Assim, as relações negociais travadas no mercado precisam ser respeitadas, como forma de manter a estabilidade e a segurança necessária ao trato das relações comerciais e do próprio mercado.

As fronteiras entre os contratos mercantis e os contratos civis e de consumo já estiveram muito mais ofuscadas outrora do que atualmente.¹⁶ A consolidação do direito do consumidor e a necessidade de delimitar as fronteiras entre as relações interempresariais e com consumidores, já que são relações que se estabelecem em contextos sociais e jurídicos distintos, funcionando através de princípios e lógicas diversas, implicaram na “redescoberta” dos contratos comerciais como categoria autônoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista” (FORGIONI, 2016a, p. 101).¹⁷

Os contratos empresariais partem da lógica de que as partes em ambos os pólos são movidos pela busca do lucro. No exemplo do contrato de franquia, não resta nenhuma dúvida de que o franqueador oferece sua marca e seu *know-how* em troca de uma vantagem econômica, assim como o franqueado busca estruturar o seu negócio a partir de um modelo já consagrado no mercado, porque entende que isso pode lhe trazer uma vantagem econômica. Em verdade, o norte de todo o contrato mercantil é a sua função econômica. Afinal, as partes contratam porque visam o seu escopo, esperam que o negócio desempenhe determinada função econômica, potencialmente vantajosa (FORGIONI, 2016b, p. 109-117).

Obviamente que, no início da relação contratual, as partes percebem de forma mais clara as vantagens de se vincularem contratualmente. Mas com o passar do tempo, é possível que o vínculo possa se tornar desinteressante. Não raro, franqueados, para seguir no exemplo que interessa ao

¹⁶ Antes da conformação do direito do consumidor de forma autônoma, os contratos celebrados entre empresários e consumidores estavam submetidos a uma mesma racionalidade. Contudo, o próprio mercado demonstrou a necessidade de se proteger o consumidor de forma diferenciada. Afinal, se no direito do consumidor se parte da premissa da hipossuficiência e vulnerabilidade de uma das partes contratantes, no direito empresarial parte-se da premissa oposta. Assim, a consolidação do direito do consumidor, fez com que toda uma massa de contratos fosse retirada do direito comercial por força da criação do sistema específico, restando ao direito mercantil à disciplina das relações entre empresas (FORGIONI, 2016a).

¹⁷ Construindo a teoria geral dos contratos mercantis, no sentido de apresentar suas classificações, regras de formação e vinculação das partes durante a execução do contrato, bem como os vetores de funcionamento dos contratos empresariais tem-se a obra acima citada “Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação” de Paula Forgioni (2016b).

presente estudo, depois de já estarem consolidados no mercado, começam a questionar a razão pela qual continuam pagando *royalties* ao franqueador e, assim, de forma oportunista, buscam encontrar qualquer saída para questionar a validade do contrato. Visando coibir o indesejável oportunismo das empresas¹⁸ e a manutenção do mercado, mostrar-se relevante primar pela força vinculante dos contratos, fazendo valer o *pacta sunt servanda*. Aliás, a manutenção do contratado é algo que se espera dos agentes que atuam no mercado de forma leal, até porque a boa-fé nas relações comerciais, que significa adoção de comportamento jurídico esperado entre agentes econômicos, diminui os custos de transação, já que facilita os negócios e estimula o fluxo das relações econômicas. Também diminui os custos de transação o maior grau de confiança existente no mercado, daí o porquê de a confiança também pautar as relações comerciais, privilegiando-se a legítima expectativa gerada pela transação (FORGIONI, 2016b, p. 117-133).

Sob o enfoque específico da análise econômica do direito, analisando-se a estrutura do direito contratual, também se destaca como princípio pilar o da liberdade contratual que culmina na autonomia privada das partes no que toca ao como e quando irão contratar e na máxima de que os contratos devem ser cumpridos. O *pacta sunt servanda* implica em uma coação estatal sem a qual a probabilidade de adoção de comportamento oportunista com vistas ao descumprimento do contrato é muito maior (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 169-174).

Dadas estas premissas, e voltando-se à análise do caso julgado pelo STJ sobre franquias, para além do entendimento de que não se pode aprioristicamente classificar todos os contratos de franquia como de adesão, ousar-se-ia novamente dizer que, muito embora no julgamento se tenha afastado as regras de direito do consumidor, o que levaria a crer que a lógica dos contratos empresariais seria utilizada para o julgamento, não foi o que se observou. Entrevi-se no contrato, na busca de um ideal de reequilíbrio entre as partes, considerando-se uma delas mais fraca em relação a outra, por conta da celebração de um suposto contrato de adesão. Segurança e previsibilidade apresentam-se como necessidade jurídica e econômica no âmbito dos contratos mercantis, sendo esta a lógica que deve permear as relações empresariais. Quanto maior a instabilidade dos vínculos contratuais, menor é a previsibilidade das transações. É certo que este risco faz parte do mercado, mas a função econômica do contrato é justamente reduzir o ônus imposto pelo risco da atividade (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 118). Mas, para tanto, é preciso que os contratos sejam cumpridos.

Não bastasse não se concordar com a lógica utilizada para o julgamento do caso concreto, identifica-se ainda outro problema: a propagação da solução em tribunais de grau ordinário de jurisdição sem que se pondere sobre suas consequências. Aliás, a decisão do STJ não tardou em provocar repercussões na jurisprudência, assim como na doutrina.

Em um artigo intitulado “apontamentos sobre a arbitragem no contrato de franquia”, Biana e Sant’Anna (2017, p. 142-146) analisam a validade da cláusula compromissória perante o “franqueado hipossuficiente”. Com respeito à posição, não se pode compactuar com a construção

18 Entendendo-se por oportunismo “indesejável” aquele comportamento que, aproveitando-se da assimetria informacional e da inevitável incompletude contratual nas relações contratuais de longo prazo, atua no sentido de frustrar o contrato enquanto acordo mutuamente benéfico com ganhos de utilidade de ambas as partes.

dessa figura, sob pena de comprometimento do mercado capitalista.¹⁹ É com dificuldade que se tem conquistado o tratamento dos contratos mercantis sob uma lógica diversa dos contratos de consumo ou daqueles tidos como “existenciais”²⁰. E mesmo que se possa falar hoje em microfranquias²¹, aquelas que exigem um investimento mais baixo, ainda assim se está diante de agentes econômicos, e como tal devem ser tratados.

O mesmo reflexo negativo já pode ser encontrado na jurisprudência. O TJRS até o ano de 2016 era pacífico no sentido de que a cláusula compromissória inserida em contrato de franquia era de observação cogente²². Contudo, fazendo-se uma pesquisa jurisprudencial, o único caso de temática similar julgado no ano de 2017 já foi no sentido contrário²³, seguindo os passos da decisão do Superior Tribunal de Justiça.

É preocupante a proliferação de decisões pelo simples fato de haver um precedente de um tribunal superior, sem que se faça a devida análise das peculiaridades do caso concreto e sem que se reflita sobre as consequências práticas das decisões judiciais, principalmente em contratos como o de franquia, os quais, como já referido, devem ser entendidos na medida de seu pertencimento a um sistema, e não de forma meramente isolada.

Defende-se a posição adotada na flagrante ilegalidade ou patologia da cláusula compromissória. Mas, que patologia é essa? O argumento de que o processo arbitral é mais oneroso, dadas as suas custas e honorários pagos aos árbitros, e que, portanto, a impossibilidade de arcar

19 “No direito comercial, salvo raríssimas exceções, não se pode reconhecer no empresário um hipossuficiente; o mercado capitalista não poderia funcionar desta forma.” (FORGIONI, 2016b, p. 67).

20 Antônio Junqueira Azevedo (2008) propôs uma nova dicotomia contratual que entendeu ser a classificação do século XXI: os contratos existenciais, em que pelo menos um dos polos é composto por pessoa física que visa a sua subsistência, e os contratos de lucro, celebrados entre empresas. Nestes a interferência dos juízes perturba o mercado e, portanto, nestes casos a deve-se respeitar com maior intensidade o princípio da força obrigatória dos contratos.

21 No portal da Associação Brasileira de Franchising se constata que existem ofertas do que se convencionou chamar de microfranquia ou “franquia barata”, nas quais os investimentos partem de R\$ 5 mil reais. Mas a média gira em torno de R\$ 100 a R\$ 200 mil reais. Nessa média de valor, mesmo que se possa considerar muito ou pouco dependendo do ponto de vista, é certo que se exige da parte no mínimo análise do contrato a celebrar por um especialista. Dizer que a parte não sabia dos impactos de uma cláusula compromissória lá inserida e que isso pode impedir o acesso ao Judiciário é admitir a vitimização daquele que se pretende empresário. A vitimização é um problema na sociedade brasileira que culmina com a eliminação de direitos. Haja vista os pífios valores de indenizações que hoje são praticadas no Brasil que nada mais é do que a resposta ao uso inadequada e desmesurado da ação indenizatória por aquele que se sente vítima de qualquer coisa ou que enxerga na demanda uma oportunidade de dinheiro fácil.

22 APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. JUÍZO ARBITRAL. OBRIGATORIEDADE. Contrato de franquia celebrado pelas partes com expressa estipulação de que eventuais litígios seriam dirimidos por arbitragem. Cogência da cláusula compromissória ajustada no contrato. Extinção do processo confirmada. Precedentes desta Corte. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIMÉ. (Apelação Cível Nº 70071391114, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giuliano Viero Juliato, Julgado em 24/11/2016) (RIO GRANDE DO SUL, 2016). No mesmo sentido: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL. CLÁUSULA ARBITRAL. OBSERVÂNCIA COGENTE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM PARA DIRIMIR O CONFLITO. A manifestação válida de vontade dos sujeitos da relação obrigacional, na eleição da arbitragem para dirimir conflitos advindos do contrato, há que obrigatoriamente ser respeitada. Hipótese de extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII. Pactuação de cláusula compromissória. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (AC nº 70065584138, 18ª Câmara Cível do TJRS, Rel.: Pedro Celso Dal Pra, j.17/09/2015) (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

23 APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO ORDINÁRIA. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. DISCUSSÃO. NULIDADE. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96 - Lei de Arbitragem. O Poder Judiciário pode declarar a nulidade da cláusula arbitral, nos casos em que identificado um compromisso arbitral claramente ilegal em contratos de adesão. APELO PROVIDO. (AC nº 70073254666, 11ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. em 07/06/2017) (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

com tais despesas implica em obstaculizar o acesso à justiça pode ser suficiente para entender a cláusula compromissória como patológica ou ilegal?

Esse argumento parece simplista. Muitos estudos que demonstram as vantagens da arbitragem anunciam como a maior desvantagem justamente o custo financeiro do procedimento. Mas mesmo assim, pesando-se prós e contras, a balança pende ao uso da arbitragem, já que soluções técnicas, rápidas e sigilosas favorecem que o empresário continue no mercado gerando riquezas.

Não se pode deixar de esclarecer que, em casos nitidamente teratológicos, em que o contrato de franquia oculte, por exemplo, uma relação de subordinação que quase poderia ser entendida como relação de trabalho, porque o franqueado fica completamente à mercê do franqueador e de suas determinações, eliminando completamente sua autonomia negocial na condução do seu próprio negócio, poder-se-ia compreender como abusiva a inserção da cláusula compromissória, porque nitidamente inserida como obstáculo ao enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário. O mesmo ocorre quando, sob o manto de oferta de franquia são praticados golpes no mercado, como é o caso de decisão do TJSP em que se reconheceu a ilegalidade da cláusula compromissória dentro de uma realidade fática peculiar: onze franqueados se insurgiram contra o franqueador, o qual lhes impôs a todos negócios ruinosos e o acesso ao judiciário estava sendo obstaculizado pela cláusula compromissória.²⁴ Contudo, tal entendimento deve ser compreendido como excepcional.

Analisando-se outros casos na jurisprudência do TJSP, posteriores ao julgamento do STJ, quer se crer que a decisão deste não será simplesmente replicada sem análises detidas dos casos concretos, já que encontradas decisões que afirmam a força vinculante da cláusula compromissória inserida em contrato de franquia empresarial, mesmo à luz do §2º, do artigo 4º, da Lei de Arbitragem, bem como que compete ao árbitro decidir sobre a validade e eficácia da convenção arbitral em razão do princípio da *kompetenz-kompetenz*.²⁵

Ressalte-se, novamente, que não se pode partir do pressuposto de que as relações entre empresários são assimétricas, as quais são caracterizadas por ter uma parte hipossuficiente ou vulnerável, a qual necessita da tutela estatal, como ocorre nas relações de consumo ou nos contratos classificados como existenciais. O máximo que se pode admitir nas relações interempresariais é que

24 Contrato de franquia (selante de furos em bandagem de pneus). Crescem as reclamações de pequenos e inexperientes investidores que celebram negócios ruinosos e que não conseguem acesso ao Judiciário devido a cláusula compromissória. Embora os elementos dos autos não permitam reconhecer que as queixas retratem a prática de golpe empresarial, o contexto, notadamente o pleito rescisório de grupo de 11 franqueados repetindo a mesmíssima reclamação, além de outro que busca anular sentença arbitral que lhe impôs severa condenação pecuniária, permite adiantar nesse obrigatório exame da confirmação da cláusula de arbitragem, a antevisão de modelo contratual *contra legem* e que ofende a função social do contrato (art. 421, do CC), autorizando a intervenção do Judiciário independente de pronunciamento dos árbitros. Provisório para que a ação prossiga. (AC nº 1121895-77.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, Rel. Enio Zuliani; j. 02/08/2017) (SÃO PAULO, 2017).

25 Processual. Franquia. Resolução contratual. Invocação pela ré na contestação de cláusula compromissória arbitral pactuada pelas partes. Extinção do processo, em virtude disso, sem apreciação do mérito. Questionamento pelo autor da validade da disposição, à luz do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Competência do árbitro para decidir acerca da validade e eficácia da convenção arbitral, nos termos do art. 8º, caput, da Lei nº 9.307/96. Regra da *kompetenz-kompetenz*. Contrato de franquia que ademais é de natureza empresarial, sendo altamente discutível a possibilidade de reconhecimento do caráter adesivo para efeito de exigência de pacto destacado quanto à arbitragem. Custos envolvidos na instauração do procedimento arbitral que não justificam em termos genéricos sua recusa. Força vinculante da cláusula compromissória. Precedentes das C. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Extinção bem decretada. Sentença terminativa confirmada. Apelo do autor não provido. (AC nº 4010691-72.2013.8.26.0576, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, Rel. Fabio Tabosa; j. 28/11/2016) (SÃO PAULO, 2016).

existem situações eventuais de dependência econômica. Quando há um alto grau de dependência econômica, até se admite, em casos excepcionais, como o demonstrado no caso julgado pelo TJSP de relatoria do desembargador Enio Zuliani, o dirigismo contratual, ou seja, a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário, mas desde que respeitadas as especificidades do Direito Empresarial (CRUZ, 2016a).²⁶

Aliás, regra geral, em um contrato de franquia se pode dizer que a dependência econômica de uma das partes em relação à outra é inerente. Isso porque, para que o contrato possa atingir o seu escopo, ou seja, desempenhar sua finalidade econômica, uma parte deve conseguir impor a outra o seu esquema de negócio. Mas mesmo assim, o grau de dependência é variável, dando-se maior ou menor grau de liberdade à parte em situação de dependência.²⁷

Ainda que se possa considerar que o contrato de franquia em um determinado caso concreto é por adesão e que o grau de dependência econômica é elevado, a intervenção do Poder Judiciário para afastar a cláusula compromissória, independentemente do estágio em que se encontre o procedimento arbitral, além de ferir o princípio da *kompetenz-kompetenz* e atingir o cerne do sistema arbitral, representa uma atuação do Poder Judiciário que estimula o descumprimento dos pactos, potencializa a litigiosidade das partes, gera insegurança jurídica e conseqüentemente desestabiliza o mercado.

André Santa Cruz (2016b) conclui da mesma forma afirmando que:

[...] parece-me, *data venia*, que a decisão da Terceira Turma do STJ de intervir num contrato de franquia, relação tipicamente empresarial, anulando uma cláusula compromissória representa um precedente perigoso. O dirigismo contratual cria risco moral (*moral hazard*) e tende a provocar uma atuação paternalista do julgador, o que gera incentivos ao não cumprimento de acordos e potencializa a litigiosidade das partes contratantes protegidas. Está na hora de repensar esse dirigismo excessivo em áreas nas quais ele se tornou um consenso fácil – relações de consumo e relações de trabalho, por exemplo –, e não estendê-lo às relações empresariais, em que a autonomia da vontade das partes e a força obrigatória das avenças devem ser sempre os princípios norteadores.

A estabilidade das relações negociais e do mercado exige previsibilidade, ideia intrinsecamente ligada com a de segurança jurídica. Esta representa:

[...] o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo o cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes (PINHEIRO, 1998, p. 2-3).

26 Enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

27 “Tome-se como exemplo o contrato de franquia. Espera-se que o consumidor enxergue todas as lojas integrantes da rede como partícipes de uma única empresa, com identidade de layout, de produtos e serviços oferecidos, etc. O franqueado não pode aparelhar sua loja como bem entender, ou servir o sanduíche que quiser, ou mesmo comprar sua matéria prima do fornecedor que referir: deve adequar-se às regras determinadas pela franqueadora. Se assim não fosse, não se conseguiria o efeito uniformizante e desfazer-se-ia o mote central da franquia” (FORGIONI, 2016b, p. 68).

A falta de segurança jurídica eleva os custos de transação e desestabiliza as relações. Portanto, em um ambiente previsível e seguro, vislumbra-se o equilíbrio necessário para o desenvolvimento econômico. E “um bom judiciário contribui para o crescimento econômico, pois o respeito aos contratos privados reduz custos de transação e estimula os agentes econômicos a aumentar o número e a dispersão geográfica de seus negócios” (PINHEIRO, 1998, p. 4-5).

Enfim, a revisão indiscriminada dos contratos pelo Judiciário normalmente é um incentivo para que as partes se comprometam e depois, simplesmente, descumpram com a obrigação. Isso, na margem, pode produzir uma patologia. A demasiada intervenção do Judiciário nas relações interempresariais pode contribuir para o comportamento oportunista das partes. Se a revisão dos pactos fosse absolutamente criteriosa, isso contribuiria para a construção de uma cultura cooperativa entre os agentes econômicos, o que traria estabilidade e segurança jurídica para as relações negociais e para o mercado. Mercado saudável e estável é pressuposto para o desenvolvimento social e econômico de uma nação.

CONCLUSÃO

O contrato de franquia é nitidamente um contrato empresarial, celebrado entre dois empresários. De regra, os contratos empresariais não são analisados como os contratos civis e de consumo, os quais, em muitas circunstâncias são revisados a partir da argumentação da hipossuficiência ou vulnerabilidade de uma parte, ou até mesmo através de uma interpretação desvirtuada do princípio da função social do contrato, como se este apenas servisse para fazer justiça social.

Para os contratos empresariais sempre se busca uma maior estabilidade às relações entabuladas, o que é necessário para que se possa dar um mínimo de segurança para as relações negociais travadas no âmbito do mercado. Para tanto, a doutrina de Direito Empresarial sempre se esforça no sentido de defender que os pactos empresariais devem ser cumpridos, respeitando-se a liberdade de contratar e a autonomia privada das partes contratantes e contribuindo, assim, para a estabilidade das relações negociais e do mercado, já que só dessa forma se pode estar no trilho do desenvolvimento econômico e social.

A análise realizada permitiu, portanto, as seguintes conclusões, expostas de forma sistemática:

Nem todo o contrato de franquia é um contrato de adesão. Existem franquias em que uma parte tem forte dependência econômica em relação à outra parte, mas também existem franquias com relações paritárias desde o seu nascedouro como ocorre, por exemplo, com o franqueador e o máster franqueado.

Por mais que se possa considerar, após uma análise fática atenta, que um contrato de franquia se classifica como de adesão, para o afastamento da eficácia da cláusula compromissória inserida no contrato necessário seria a análise da questão pelo juízo arbitral, em homenagem ao princípio kompetenz-kompetenz insculpido na própria lei de arbitragem.

A lógica que deve permear a análise dos contratos empresariais é distinta daquela aplicável aos contratos de consumo e dos contratos tidos como existenciais, em que se costuma admitir o dirigismo contratual como forma de reequilibrar a assimetria das partes. Nos contratos empresariais, presume-se uma maior simetria entre as partes, devendo-se primar pela aplicação dos princípios da liberdade contratual, da autonomia privada e da força vinculante dos contratos.

Em casos evidentemente teratológicos, ou seja, excepcionais, é que se poderia admitir a intervenção do Judiciário para a revisão das cláusulas de contratos celebrados, em regra, entre empresários, desde que reconhecida uma flagrante ilegalidade.

A excessiva intervenção do Poder Judiciário nas relações empresariais, além dos demais riscos de uma posição paternalista, frequentemente contribui para o desequilíbrio das relações negociais e do mercado, desestimulando o desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. A Lei da franquia empresarial (nº 8.955, de 15.12.1994). *In*: WALD, Arnaldo (org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**: contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008.

BIANA, Higor da Silva; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Apontamentos sobre a arbitragem no contrato de franquia. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 125-154, mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994**. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **REsp 1602076/SP**. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Contrato de franquia. Contrato de adesão. Arbitragem. Requisito de validade do art. 4º, § 2º, da lei 9.307/96. Descumprimento. Reconhecimento prima facie de cláusula compromissória “patológica”. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 15 de Setembro de 2016. Disponível em: <http://www.portajustica.com.br/acordao/1914758>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

COASE, Ronald. The nature of the firm, *Economica*, London, ed. 16, n. 4, p. 386-405, nov. 1937.

COELHO, Eleonora. Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio do Kompetenz-Kompetenz no Brasil. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto;

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 326-338.

- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- DI BLASI, Gabriel. A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FORGIONI, Paula Andréa. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- IFA - INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION. What Is a franchise?. Disponível em: <http://www.franchise.org/what-is-a-franchise>. Acesso em: 11 ago. 2018.
- INPI - INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Contratos de transferência de tecnologia - mais informações. 2017. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/transferencia/transferencia-de-tecnologia-mais-informacoes>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- LEITE, Roberto Cirne Lima. Franchising na criação de novos negócios. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1991.
- LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. 2002. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf. Acesso em: 13 jul. 2018.
- LEMES, Selma M. Ferreira. Contratos de adesão e uso da arbitragem. 2005. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo50.pdf>. Acesso em: 13/07/2018.
- NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.
- PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do judiciário: uma análise econômica. CERES, São Paulo, n. 9, p. 1-16, ago. 1998.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- CRUZ, André Santa. Contratos empresariais e dirigismo contratual. 2016a. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/08/29/contratos-empresariais-e-dirigismo-contratual/>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- CRUZ, André Santa. Convenção de arbitragem em contratos empresariais de adesão. 2016b. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/10/07/convencao-de-arbitragem-em-contratos-empresariais-de-adesao/>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70071391114. Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação declaratória de inexistência de débito. Juízo arbitral. Obrigatoriedade. Apelante: M.L. dos Santos Representações. Apelado: Brazilian Pet Foods Licensee Ltda. Relator: Dr. Giuliano Viero Giuliato, Porto Alegre, 24 de novembro de

2016. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvil+n%C2%BA+70071391114&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 12 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70073254666. Apelação cível. Direito privado não especificado. Contrato de franquia. Ação ordinária. Cláusula de arbitragem. Discussão. Nulidade. Apelante: Andre Ricardo Santin ME. Apelado: Gremio Football Porto Alegre; Meltex Aoy Franchising Ltda. Relator: Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, Porto Alegre, 7 de junho de 2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvil+n%C2%BA+70073254666&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvil+n%C2%BA+70071391114&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 12 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70065584138. Apelação cível. Direito privado não especificado. Exceção de incompetência. Contrato de franquia empresarial. Cláusula arbitral. Observância cogente. Ausência de relação de consumo. Incompetência absoluta da justiça estadual comum para dirimir o conflito. Recorrente: Francap – Franchising e expansão de negócios. Recorrido: Flaviano Nunes Gastão e Outros. Relator: Des. Pedro Celso Dal Pra, Porto Alegre, 17 de setembro de 2015. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065584138%26num_processo%3D70065584138%26codEmenta%3D6476884+Apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvil+n%C2%BA+70065584138++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065584138&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=17/09/2015&relator=Pedro%20Celso%20Dal%20Pra&aba=juris. Acesso em: 12 jul. 2018.

REDECKER, Ana Cláudia. Franquia empresarial. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

REQUIÃO, Rubens. Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas. In: WALD, Arnoldo (org.). Doutrinas essenciais de direito empresarial: contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Adir et al. Gestão estratégica do franchising: como construir redes de franquias de sucesso. São Paulo: DVS Editora, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e economia no Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão registro: 2016.0000884108. Processual. Franquia. Resolução contratual. Invocação pela ré na contestação de cláusula compromissória arbitral pactuada pelas partes. Extinção do processo, em virtude disso, sem apreciação do mérito. Apelante: Robson Levi Halaginski. Apelada: Supera Instituto de Educação Ltda. Relator: Fabio Tabosa, São Paulo, 28 de novembro de 2016. Disponível em: http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10025772&cdForum=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_81df8bbfc-

2f94054a4a34cb83d3a274c&vIcAptcha=xrax&novoVICaptcha=. Acesso em 13 jul. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão registro: 2017.0000563898. Embargos declaratórios para que o Tribunal reveja decisão que não reconheceu primazia de cláusula compromissária em contrato de franquia. Voto que assim deliberou pelo abuso verificado. Manutenção, inclusive pelo que foi decidido no STJ, no Resp. 1602076 SP, DJ de 30.9.2016. Voto condutor não ostenta os vícios do artigo 1.022, I, II e III, do NCPC. Rejeição. Embargante: Xtire Franquias Eireli. Embargado: Leandro Cassio Di Pietro. Relator: Enio Zuliani, São Paulo, 2 de agosto de 2017. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10659426&cdForo=0>. Acesso em: 13 jul. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2067864-36.2014.8.26.0000. Competência absoluta ação anulatória de circular de oferta de franquia e contrato de franquia cumulada com pedido de indenização existência de cláusula compromissória. Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual deduzida na defesa rejeição em despacho saneador. Contrato de franquia celebrado entre empresários, afastando a incidência da legislação de consumo. Relator: Ricardo Negrão, 25 de Novembro de 2014. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8041187&cdForo=0>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SIMIÃO FILHO, Adalberto. Franchising: aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e economia no Brasil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEGAS, Juliana L. B. Contratos de pesquisa e contratos de franquia. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). Propriedade intelectual: contratos de propriedade industrial e novas tecnologias. São Paulo: Saraiva, 2007.

Como citar: COULON, Fabiano Koff; CANTALI, Fernanda Borghetti. Franquia e arbitragem: breve estudo a partir de emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 101-124, mar.2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p101. ISSN: 2178- 8189.

Recebido em: 17/09/2018.

Aprovado em: 30/01/2019.