

FRANCHISING E CLÁUSULA ARBITRAL

AUTOR: DANNY FABRÍCIO CABRAL GOMES

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. FLUMIGNAN, Silvano José Flores. Novo CPC impõe uso de arbitragem pela administração pública. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-04/silvio-flumignan-cpc-impoe-uso-arbitragem-administracao>
 2. DIDIER JR., Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. In: Revista de Processo, vol. 236, p. 325-332 (acesso online p. 1-8), Out./2014, p. 5. "O art. 3.º, § 2.º: "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". Trata-se de enunciado que consagra, legislativamente, uma política pública: a solução consensual dos conflitos passa a ser uma meta a ser realizada. O dispositivo ratifica a Res. CNJ 125/2010, que já havia determinado a implantação dessa política pública. Agora, há a consagração legal dessa opção, que está em consonância com movimento mundial de estímulo à solução negociada, considerada o mais efetivo entre todos os métodos de resolução de conflitos".
 3. POSNER, Richard. A Economia da Justiça. São Paulo: 2010, Martins Fontes.
 4. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.
 5. "Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; [...] III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e [...]"
 6. "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual." "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada."
 7. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 7ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 173.
 8. "Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. [...]§ 2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula."
 9. TJSP. 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação nº 1121895-77.2015.8.26.0100. J. 21 de setembro de 2016. Rel. Des. Enio Zuliani. Contrato de franquia (selante de furos em bandagem de pneus). Crescem as reclamações de pequenos e inexperientes investidores que celebram negócios ruinsos 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. Provimento para que a ação prossiga.
 10. "[...] A tese principal de que o contrato, por ser de adesão, permitiria o reconhecimento da abusividade das cláusulas de arbitragem (art. 51, VII, da Lei 8078/90), não convence porque a argumentação esbarra na própria natureza empresarial do negócio entabulado e que elimina a tese da impessoalidade que classifica o contrato de massa. O contrato, embora padronizado, não é do tipo que o aderente é obrigado a assinar sem discutir as cláusulas. Todavia e porque a cláusula afronta os mais elementares princípios contratuais, é de ser excluída do sistema para não criar um atentado à função social do contrato (art. 421, do CC). [...]
 - A franquia que se celebra com arbitragem severa para com os franqueados, como ocorreu com Marco Túlio Fernandes, não cumpre a sua função de difundir uma marca e permitir a sua exploração licenciada em comum, surgindo como estratégia nada convencional de angariar fundos sem a correspondente causa dinâmica dessa modalidade de negócio (atípico, embora a Lei 8955/94, discipline a adequação da circular de franquia), porque, no final, a franqueadora auferir lucros sem que os parceiros obtenham as promessas mínimas de retorno do capital investido. Perdem o pouco que possuíam e que foi lançado na franquia de vedação de buracos de pneus. [...]
 - O Tribunal não ignora o princípio kompetenz-kompetenz (competência-competência) pelo qual os árbitros são soberanos para decidir sobre a arbitragem, ainda que se possa invocar nulidade do contrato no qual foi inserida a cláusula compromissória. [...]
 - A Kompetenz-Kompetenz "firmou-se por via pragmática e nunca obteve uma explicação processual satisfatória", afirmou MENEZES CORDEIRO ao examinar o art. 18 da lei de arbitragem de Portugal (Tratado da Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2015, p. 213). O Professor GIOVANNI ETTORE NANNI lembra que esse poder conferido aos árbitros não pode e não deve ser absoluto, cedendo quando ausente manifestação de vontade, como um "contrato absolutamente falso, desprovido de manifestação volitiva, no qual é incluída uma cláusula compromissória". Nesse caso, arremata NANNI "nada existe, nem contrato subjacente, nem cláusula compromissória" (Direito Civil e Arbitragem, Atlas, 2014, p. 29). [...]
 - O Judiciário e os árbitros são guardiões da ordem jurídica e estão nivelados ao controle da legalidade para reestrutura do direito violado, negando incidência de cláusula compromissória que serviria, única e exclusivamente, para impedir que os prejudicados recorram ao Juiz de Direito contra ilegalidades de contratos de franquia lavrados em série e todos marcados por seguidas e idênticas denúncias de práticas do golpe empresarial para extrair do humilde franqueado o valor correspondente a taxa de abertura do negócio inútil ou ruinoso. Cabe ao Judiciário decidir a causa posta pelo recorrente e o Tribunal somente não apresenta a sentença final devido a necessidade de produção de provas dos fatos. [...]
11. RECURSO ESPECIAL Nº 1.602.076 - SP (2016/0134010-1). RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. EMENTA: 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. Brasília (DF), 15 de setembro de 2016(Data do Julgamento) MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE Presidente. MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora.
12. VON GOELER, Jonas. Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure. International Arbitration Law Library, vol. 35, Kluwer Law International, 2016, p 1-2.
13. ICC COMISSION REPORT: Decisions on costs in international arbitration. In: ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015, Issue 2.
14. ICC COMISSION REPORT. Op. cit., 2015, p. 3.
15. EIZIRIK, Nelson; WEBER, Ana Carolina. Notas sobre a arbitragem no mercado de capitais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.); LEMES, Selma Ferreira (Coord.); MARTINS, Pedro Batista (Coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio Luiz. São Paulo: Atlas, 2017.
16. FERNANDES, Marcelo Mattos. Hipossuficiência Econômica na Arbitragem: Possíveis Soluções. Trabalho de Conclusão de Curso. FGV Direito Rio. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24118/MARCELO%20MATTOS%20FERNANDES.pdf>
17. "Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei."
18. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos,"
19. "RECURSO ESPECIAL Nº 1.785.783 - GO (2018/0229630-5). RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. CONTRATOS DE CONSUMO. POSSIBILIDADE DE USO. AUSÊNCIA DE FORMALIDADE. IMPOSIÇÃO. PROIBIÇÃO. 1. Ação ajuizada em 07/03/2016, recurso especial interposto em 19/06/2018 e atribuído a este gabinete em 01/10/2018. 2. O propósito recursal consiste em avaliar a validade de cláusula compromissória, contida em contrato de aquisição de um lote em projeto de parcelamento do solo no município de Senador Canedo/GO, que foi comercializado pela recorrida. 3. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante do litígio, havendo consenso entre as partes - em especial a aquiescência do consumidor -, seja instaurado o procedimento arbitral. Precedentes. 4. É possível a utilização de arbitragem para resolução de litígios originados de relação de consumo quando não houver imposição pelo fornecedor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição. 5. Pelo teor do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, mesmo que a cláusula compromissória esteja na mesma página de assinatura do contrato, as formalidades legais devem ser observadas, com os destaques necessários. Cuida-se de uma formalidade necessária para a validades do ato, por expressa disposição legal, que não pode ser afastada por livre disposição entre as partes. 6. Na hipótese, a atitude da consumidora em promover o ajuizamento da ação evidencia a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória. 7. Recurso especial conhecido e provido. Brasília (DF), 05 de novembro de 2019 (Data do Julgamento) MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora.
20. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Desinteresse-do-consumidor-afasta-clausula-que-impoe-solucao-por-meio-de-arbitragem.aspx>
21. "Art. 1º Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento."
22. "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito."
23. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"