

OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

FRANCHISE AGREEMENTS AND THE COMMITMENT CLAUSE: COLLISION BETWEEN THE PRINCIPLE OF PROTECTION AND THE PRINCIPLE OF BINDING CONTRACTS

MARCIANITA LOPATA DE LIMA

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA (2021). Especialização em Gestão Contábil e Tributária pela UFPR (2019), Especialização em LGPD pela Legale Educacional (2021), Especialização em Direito Empresarial pela Legale Educacional (2021), Especialização em Planejamento Previdenciário pela Legale Educacional (2022), MBA em Gestão de Pessoas pela Facet (2014), graduada em Direito pela FACEAR (2009), Conciliadora e Mediadora. Assessora Jurídica da Prefeitura Municipal de Adrianópolis/PR. Link para currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8387852275507836> E-mail: marcia_lopata@hotmail.com

BRUNO ALEXANDER MAURICIO

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-Graduado em Direito Processual Civil, Cidadania e Meios Consensuais de Solução de Conflitos pelo Centro Universitário Unidombosco. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Unidombosco. O Autor cursou o Contract Law: From Trust to Promise to Contract pela Harvard Law School (EUA). Professor no Núcleo de Ensino à Distância - NEAD do Centro Universitário Unidombosco. E-mail: brunoamauricio@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7689-6753> / LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2617404431469890>.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar, dentro do sistema de franquias, uma possível colisão entre o princípio da proteção do contratante dependente e o princípio dos contratos vinculativos. O motivo do debate são as recentes decisões do STJ, que reconhecem a nulidade da competência e das cláusulas arbitrais nos contratos de franquia por terem sido inseridas indevidamente em contratos de adesão entre partes que estariam em posições assimétricas. Assim, por meio do método dedutivo, busca-se analisar a atual interpretação do STJ e os princípios que regem os contratos de franquia e verificar se há, de fato, colisão de princípios.

Palavras-chave: Contratos de Franquia; Clausula Compromissória; Princípio da Proteção; Princípio dos Contratos vinculativos.



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

ABSTRACT

This article aims to analyze, within the franchise system, a possible collision between the principle of protection of the dependent contractor and the principle of binding contracts. The reason for the debate is the recent decisions of the STJ, which recognize the nullity of jurisdiction and arbitration clauses in franchise contracts for having been improperly inserted in adhesion contracts between parties that would be in asymmetrical positions. Thus, through the deductive method, we seek to analyze the current interpretation of the STJ and the principles that govern franchise agreements and verify if there is, in fact, a collision of principles.

Keywords: *Franchise Agreements; Compromise Clause; Protection Principle; Principle of Binding Contracts.*

1 INTRODUÇÃO

Com base em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o entendimento exarado tem demonstrado a anulabilidade da cláusula de escolha de competência e a cláusula compromissória nos contratos de franquia.

Em ambos os casos, o STJ reconhece a existência de assimetria na relação estabelecida entre as partes contratantes, levando o judiciário a se posicionar a favor do franqueado e em contraposição à parte que redigiu o contrato de adesão, neste caso o franqueador.

A constatação de assimetrias contratuais e a conseqüente nulidade das cláusulas contratuais mencionadas decorre da aplicação do “Princípio da Proteção ao Contratante Dependente”, o qual, em determinados casos, pode colidir com o “princípio da vinculação do contratante ao contrato”, decorrência direta do “princípio da autonomia da vontade”.

A importância dos princípios em nosso ordenamento jurídico pode ser extraída da Constituição Federal de 1988, uma constituição de caráter principiológico. Desde a promulgação da Constituição Federal, a argumentação básica tem seguido um padrão de argumentação nas diversas áreas do direito, com a interpretação e compreensão das



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

normas jurídicas não mais baseadas em dispositivos legais infraconstitucionais, mas sim conforme a constituição.

Eros Grau (2016) caracteriza os princípios como uma espécie de sistema jurídico pelo seu caráter mais amplo e generalidade, bem como pela sua proximidade com valores que são tidos como inspiração para o direito positivo.

Para Robert Alexy (2015), os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, diferenciando-se das regras pelo fato de que “os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é baixo”.

A importância da observância dos princípios para fazer negócios é destacada por Fábio Ulhoa Coelho (2015), na medida em que uma nova lei comercial precisa ser formulada devido à necessidade urgente de reconhecer os escassos valores da disciplina.

Com base nessas alegações, este artigo busca analisar um possível embate entre os princípios de proteção da parte dependente e a vinculação das partes ao contrato, com base em decisões do STJ que reconhecem a nulidade da escolha de foro e das cláusulas de arbitragem em contratos de franquia.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA E A SUPOSTA AUTONOMIA DO FRANQUEADO

Franquia corresponde a um número contratual que contém uma técnica de negócio na área da distribuição e comercialização de bens e serviços. Não é apenas uma técnica, mas também uma forma de domínio do mercado e controle de vendas.

O termo franquia advém do inglês “*francher*”, que significa outorga de um privilégio. E dessa noção é possível defini-la como um instituto pelo qual uma das partes - o franqueador - concede à outra, o franqueado, o direito de usar marca associada a



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

produtos ou serviços comercializados pelo franqueado, com suporte mercadológico, o qual recebe, em troca, uma remuneração denominada de *royalties*.

Em particular, Maria Helena Diniz (2019) explica que franquia é o contrato pelo qual o franqueador concede ao franqueado o direito de comercializar exclusivamente serviços em determinada área geográfica, nome comercial, título comercial por determinado período de tempo (definido ou indeterminado), Marca ou produto associado, com suporte técnico constante, recebe em troca um determinado valor. É a combinação da licença de uso de marca ou patente, combinada com o direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços, sem vínculo empregatício.

Ressaltando alguns aspectos da franquia, Raquel Sztajn (1989) demonstra que “o franqueador fornece técnica(s) e/ou marca de comercialização de produtos ou serviços e transfere, juntamente com seu conhecimento e marca, a reputação a eles ligada”.

Segundo Orlando Gomes (1977), a franquia compartilha semelhanças com a concessão, distribuição e prestação de serviços exclusivos, mas não é um arrendamento nem um mandato, mas uma figura autônoma, ainda que híbrida.

Ambas as partes se beneficiam do contrato: o franqueador por expandir seus negócios e o franqueado pela oportunidade de administrar seu próprio negócio com riscos menores do que aqueles que desenvolvem atividades de forma autônoma sem o auxílio de uma pessoa experiente, e dono de uma grande marca.

Sobre essa vantagem para o franqueado Jorge Andrade alerta não ser razoável considerar que “o empresário interessado em franquia seja alguém sem imaginação para iniciar um negócio seu, mas considerá-lo, alguém que, vendo a prosperidade de uma atividade comercial vitoriosa, opta por ela, pois os percalços iniciais já foram superados”.

Até a entrada em vigor da Lei nº 8.955/94, antiga lei que regulamentava a relação entre franqueador e franqueado, o contrato de franquia era livremente negociado entre as partes. A legislação passou a disciplinar a atividade e proteger mais plenamente o franqueado por meio de algumas restrições ao franqueador, tais como: a necessidade



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

de fornecer ao franqueado um documento escrito denominado Circular de Oferta de Franquia (COF).

Conforme acima apontado, a citada lei foi revogada, sendo substituída pela lei 13.966/2019. Para a legislação, a Circular de Oferta de Franquia – COF, deve cumprir as condições estabelecidas no art. 2º, que destaca: histórico resumido do franqueado, balanços e contas anuais, pendências, perfil do franqueado ideal, minuta do contrato, valor total estimado do investimento, valores a serem utilizados pelo franqueado a título Taxas e royalties, lista de todos os franqueados e regras de exclusividade territorial.

Deve ser apresentado ao candidato a franqueado no prazo de 10 dias antes da assinatura do contrato sob pena de rescisão do contrato e reembolso dos valores pagos. Esta sanção também se aplica caso sejam prestadas informações falsas na COF, conforme o art. 4.

A exigência do COF constitui um reconhecimento pela legislação de que a relação entre o franqueador e o franqueado é assimétrica, visto que este se encontra em situação de dependência do primeiro e, portanto, merece proteção contra abusos e situações que só são verificadas após a celebração do contrato.

Segundo Márcia Carla Pereira Ribeiro (2015), a existência de uma norma que prescreve a entrega do COF e indica as informações obrigatórias que nele devem constar

“reduz os custos de informação de parte do candidato a franqueado, assim como pressupõe que, ao ter acesso aos dados, possa escolher pela contratação de forma mais fundamentada, buscando-se reduzir situações de fracasso empresarial”.

Uma das principais características do contrato de franquia é a independência do franqueado ante o franqueador, pois, de acordo com Maria Helena Diniz (2019), “não há vínculo de subordinação ou empregatício entre ele e o franqueador, não sendo a empresa franqueada uma sucursal do franqueador”. No entanto, a autora ressalta que o franqueador pode impor certas obrigações ao franqueado, tolhendo sua ação.

Fran Martins (2016) também destaca a independência do franqueado, sua autonomia como empresário e a falta de vínculo empregatício com o franqueador, mas



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

ressalta que essa autonomia é relativa. A autonomia existe no sentido de que franqueadores e franqueados são indivíduos diferentes, cada um responsável pelos atos que realiza, mas muitas regras são impostas pelo franqueador que limitam o escopo de ação do franqueado. O autor comprova que existem contratos de franquia em que o franqueado só pode realizar determinadas ações com a anuência do franqueador, com diversas obrigações que dificultam as ações do franqueado mesmo sendo uma empresa independente da franqueadora.

Essas situações em que o franqueador restringe as ações do franqueado decorrem do fato de o contrato de franquia ser um contrato de adesão. Para Jorge P. Andrade (1986), as cláusulas anteriormente apresentadas por uma das partes no contrato de franquia não podem ser negociadas pela outra, circunstância que, para Bulgarelli, não afeta a autonomia da vontade, desde que o franqueado compreenda o conteúdo do acordo antes da adesão.

Fran Martins (2016) também demonstra que a franquia se formaliza por meio de um “contrato de adesão, com cláusulas fixas, impressas, sendo muito pouco aquilo que o franqueado pode deduzir ao previamente imposto pelo franqueador”.

Por se tratar de um contrato de adesão, a franqueadora só o formaliza com quem aceita seus termos. Muitas vezes, o franqueado concorda porque acredita no sucesso da operação geral e, em alguns casos, só consegue discutir o percentual de vendas e a extensão territorial da franquia.

Entendendo a franquia como um contrato com relativa autonomia do franqueado, os próximos tópicos desta tese analisaram as peculiaridades do contrato empresarial e a possibilidade de ocorrência de assimetrias nas relações comerciais.

3 AS OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS E O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DOS CONTRATANTES AOS CONTRATOS

As obrigações corporativas seguem uma lógica diferente do código civil, por isso merecem interpretações diferentes. A lógica do negócio decorre dos costumes e



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

práticas e de um padrão de normalidade e previsibilidade do mercado, o que faz com que o empresário oriente seu comportamento e decisões calculando a movimentação da outra parte a fim de aumentar a eficiência de sua atuação, riscos e lucros crescentes.

Paula Forgioni (2016) mostra, a título de exemplo, que um contrato entre fornecedor e concessionário não pode ser interpretado da mesma forma que uma doação entre pais e filhos, e que a forma de execução de testamentos difere da análise de uma grande fusão, ou mesmo que as *tradings* não mereçam o mesmo tratamento que os contratos de consumo. Resumindo, os contratos negociados entre empresários não devem estar sujeitos às mesmas regras gerais para a interpretação de um contrato entre um empresário e um consumidor potencial.

Na relação empresarial prevalece o princípio da vinculação contratual decorrente da autonomia da vontade, segundo o qual os empresários estão mais fortemente vinculados aos contratos que celebram do que os trabalhadores e consumidores. De acordo com o princípio, a fiscalização judicial dos contratos só deve ocorrer em casos excepcionais com base em fatos totalmente imprevisíveis para as partes, sob pena de neutralizar a regra básica da concorrência e excluir lucros ou perdas das decisões empresariais.

A obrigação do negócio inclui algumas especificidades, com a necessidade de identificar premissas subjetivas e objetivas para sua caracterização. No que se refere ao pressuposto subjetivo, pressupõe-se que todas as partes envolvidas na obrigação sejam estabelecimentos comerciais. A suposição objetiva diz respeito à natureza da obrigação que deve resultar da conduta dos negócios das partes.

Sem a ocorrência de ambas as premissas, não há obrigação comercial. Um contrato entre empresários não conduz necessariamente à conclusão de que se trata de um contrato comercial. Existe a possibilidade de haver uma relação de consumo, uma vez que o Art. 2 da Lei de Defesa do Consumidor reconhece que o consumidor é uma pessoa física ou jurídica e, portanto, um empresário pode ser visto como um consumidor em relação a outro empresário.

Portanto, afóra o fato de se identificarem empresários como sujeitos na obrigação, necessário que o objeto do contrato envolve a atividade empresarial dos



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

contratantes. Este aspecto é destacado por Márcia Carla P. Ribeiro (2015) ao mencionar que os contratos empresariais são aqueles “cujos contratantes são empresários, no exercício da atividade profissional”, ressaltando ainda que, em tais contratos há uma presunção de que os contratantes apresentam “condições similares de acesso à informação e análise dos riscos que permeiam toda a negociação empresarial”.

Outra característica da obrigação empresarial diz respeito à busca do lucro, que Paula Forgioni (2015) enfatiza no contrato comercial como um aspecto que o diferencia dos contratos civis e de consumo, pois nestes, ao contrário do contrato comercial, nem sempre o lucro é a meta das partes envolvidas, onde as partes sempre se esforçam para o lucro.

Essas peculiaridades do contrato empresarial se devem à livre concorrência, que se baseia no princípio da ordem econômica do art. 170, V, da Constituição Federal. Sobre este princípio Fábio Ulhoa Coelho (2015) explica que um dos aspectos da liberdade de competição “consiste em garantir uma estrutura econômica na qual todos os agentes são devidamente estimulados e devidamente desestimulados, segundo a lógica do livre mercado” e conclui pela inconstitucionalidade de qualquer lei que subverte esta lógica do livre mercado.

A consequência natural dessa lógica do mercado livre é recompensar o empresário que toma as decisões certas com lucro e punir o empresário que sofre as ações erradas com perdas. Todo empresário sabe ou deveria saber que ganhar ou perder faz parte das regras de mercado, consequência direta do risco inerente à atividade empresarial, com base no princípio do direito comercial.

Fábio Ulhoa Coelho (2015) explica esse princípio, ao mostrar que a crise pode atingir a empresa em qualquer atividade empresarial, mesmo que o empresário e o administrador tenha agido de acordo com a lei e suas obrigações e não tenham tomado decisões precipitadas, erradas ou irregulares.

A lei não pode proteger os empresários de cometer erros na exploração da empresa, por isso a revisão dos contratos comerciais só deve ser feita em casos excepcionais, mas destaca que o judiciário nem sempre é claro ao distinguir entre imprevisibilidade e riscos do negócio. O risco comercial não se qualifica para revisão



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

contratual, no entanto, algumas decisões judiciais e considerações doutrinárias distorceram o instituto da teoria da imprevisibilidade e se aplicam a hipóteses que apresentam um risco comercial inerente.

Paula Forgioni (2015) reitera o argumento ao explicar que o contrato empresarial não pode ser interpretado no sentido de neutralizar as perdas de empresários que erram em suas estratégias e aponta que o ordenamento jurídico não pode obrigar ninguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir de boa fé e de acordo com os princípios e regras de mercado.

Todo empresário está atento às regras do jogo do mercado e estuda e aplica suas estratégias, baseando-se na imutabilidade e no respeito às regras do jogo. A alteração dessas regras após o curso do jogo ou mesmo após a conclusão de uma operação investigada anteriormente pode afetar o resultado programado e afetar os ganhos pretendidos.

Segundo Paula Forgioni (2015), o mercado representa uma ordem com regularidade e previsibilidade de agir, onde quem entra no mercado sabe que o seu agir (e também o agir do outro) é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis". E, confiando nessa ordem, nas regras de mercado, os empresários adotam comportamentos calculados, cujos resultados possuem margens de previsibilidade. Um sistema que possibilite a um contratante liberar-se de seus compromissos porque a operação não trouxe o lucro pretendido, subverte a ordem e a lógica do mercado, comprometendo o nível de segurança e previsibilidade.

Portanto, nem a lei nem o judiciário devem intervir nessa lógica de mercado, caso contrário, devem alterar as regras desse jogo e criar um ambiente de insegurança jurídica que inibe os investimentos e até mesmo desloque aqueles já programados.

A lógica do mercado pressupõe um equilíbrio entre os empreendedores contratantes que, na opinião de Marcia C.P. Ribeiro (2015), como partes iguais, poderiam exercer livremente sua autonomia privada, e quanto maior a liberdade, menor a possibilidade de interferência da lei e do judiciário na avaliação de seus efeitos, portanto, não se recomenda intervenção que afete a vinculação das partes contratantes, exceto em casos excepcionais.



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

Segundo Marcia C.P. Ribeiro (2015), esse pressuposto do equilíbrio entre os empresários depende da existência de uma estrutura de mercado que dê a todas as partes poder de decisão e negociação, caso contrário, uma parte ficará dependente da outra devido às limitadas opções de decisão, com uma relação jurídica assimétrica sendo caracterizada. A situação também é explicada por Paula Forgioni (2015), segundo a qual há empresários que gozam de situação econômica vantajosa em relação aos demais e podem fazer valer a sua vontade, o contrato e as respectivas condições, dominar o jogo da contratação e a uso em seu favor exclusivo, e nessas condições é necessário que o autor estabeleça um sistema de tutela eficiente para este contratante mais fraco. O autor também destaca que os fatos apresentados não se referem a contratos forçados ou emergenciais ou mesmo a relações de consumo, mas a contratos comerciais típicos.

As assimetrias de negócios deram origem ao princípio da proteção do contratante dependente, tema que será analisado a partir de agora.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi analisar a validade das cláusulas de eleição de foro e de arbitragem em contratos de franquia.

Para tanto, abordou-se: (i) a franquia como uma modalidade de contrato empresarial no qual há uma dependência do franqueado, (ii) a natureza das obrigações empresariais com a devida valorização da autonomia privada e vinculação aos contratos, (iii) a possibilidade de proteção ao contratante dependente nas relações empresariais e (iv) a forma como o Poder Judiciário, em especial o STJ, tem enfrentado essas questões envolvendo contratantes dependentes.

O problema levantado colide com dois princípios do direito comercial: vincular as partes contratantes ao contrato e proteger a parte contratante dependente. Quando os princípios colidem, ou seja, algo é proibido de acordo com um princípio é permitido de



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

acordo com outro, um dos princípios deve ceder. No entanto, isso não significa o reconhecimento da invalidade de um dos princípios, mas apenas que, sob certas condições, um dos princípios prevalece sobre o outro, ou seja, nos numerosos equilíbrios de interesses dos tribunais superiores, encontram-se alguns exemplos de soluções para conflitos de princípios.

Portanto, se os princípios da vinculação das partes contratantes ao contrato e da proteção do contratante dependente colidirem, a situação deve ser superada considerando o caso individual, que neste trabalho da validade (ou não) do processo eleitoral cláusulas foro e cláusula compromissória em contratos de franquia.

Ambas as cláusulas foram objeto da última análise do STJ em ações contra franqueados e franqueadores que reconhecem sua nulidade, de forma a demonstrar claramente a preponderância do princípio de proteção sobre o parceiro contratual dependente. Vale lembrar que, conforme explicitado no tópico anterior deste trabalho, em nenhum dos casos o Código do Consumidor entrou em vigor, apesar das reivindicações feitas pelos franqueados a esse respeito.

No que se refere à cláusula de jurisdição, a sua nulidade não prejudica nem a autonomia de vontade nem a vinculação do contratante, especialmente se constar dos contratos de adesão e dificultar o acesso do franqueado aos tribunais.

Reconhecer a invalidade da cláusula de jurisdição e manter a demanda no domicílio do franqueado onde a atividade de franquia foi realizada não é uma medida que prejudique as regras do mercado ou afete a previsibilidade do comportamento empresarial, traz incerteza jurídica.

Além disso, não é uma cláusula que se refere à essência do contrato de franquia. Sua ausência não interfere no processo de negócios coordenado entre franqueador e franqueado no que se refere a remuneração, área de atuação, testes, padronização, exclusividade, obrigações das partes, sanções, além de tantas outras cláusulas comuns e até obrigatórias no contrato de franquia.

Adalberto Simão Filho (2015) destaca os seguintes elementos essenciais para a franquia: distribuição, cooperação mútua, preço, concessões de autorizações e licenças, independência, métodos e suporte técnico constante, exclusividade e contrato



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

comercial, aspectos que também se aplicam a Fran Martins em relação às Cláusulas são destacados que tratam do prazo do contrato, da delimitação de área e localização, das taxas de franquia, das cotas de venda, do direito do franqueado de vender a franquia, bem como da anulação ou rescisão do contrato. Ou seja, a nulidade da cláusula de escolha de jurisdição não afeta nenhum desses elementos. Além disso, o judiciário continua responsável por avaliar o pedido apresentado entre as partes e apenas altera a jurisdição local.

Por estes motivos, pode-se presumir que o princípio da tutela do contratante dependente prevalece, revoga a cláusula de escolha da jurisdição e transfere o foro para a sede do franqueado, área em que exerce a sua atividade, desde que é um contrato de adesão e uma relação reconhecidamente assimétrica.

Quanto à cláusula compromissória, acredita-se que a recente posição do STJ em reconhecer sua nulidade em contratos de franquia afeta as regras de mercado e gera insegurança jurídica. Dada a classificação do Brasil como um ambiente de negócios desfavorável de acordo com a última análise do Banco Mundial, e considerando que o desempenho da autoridade judiciária teve um impacto negativo sobre esta análise, é evidente que alguns empreiteiros têm procurado formas alternativas para resolver disputas, a exemplo por meio de arbitragem.

O acordo de que a inclusão de cláusulas arbitrais nos contratos de franquia pode ser cancelada pelo Ministério da Justiça pode impactar o ambiente de negócios do país. Obviamente, muitos franqueadores, cientes da fragilidade das cláusulas contratuais, optam por não operar no país por não quererem demandar o judiciário local.

A nulidade da cláusula de arbitragem até poderia ser validamente reconhecida caso a informação não constasse na Circular de Oferta de Franquia ou contrariasse alguma disposição da Lei n. 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem. Mas isso não foi objeto de discussão no STJ.

Comentando a decisão do STJ, Orenge e Ferrero expressaram sua preocupação, ressaltando que se o acordo de nulidade das cláusulas arbitrais for mantido, existe o



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

risco de que a dinâmica contratual e negocial do mercado se altere, criando um desequilíbrio preocupante para o mundo da franquia.¹

Uma vez que uma cláusula contratual determina a disposição de uma das partes em celebrar um contrato, para ser respeitada, mostra que é temerário desconsiderá-la, em uma mudança aberta nas regras do jogo de mercado.

A autonomia privada é uma pedra angular do sistema de mercado, cabendo à lei manter o fluxo das relações econômicas por meio de um sistema que possibilite o cumprimento das regras do jogo de mercado, entre as quais se destaca a regra do *pacta sunt servanda*.

Ao contrário do entendimento de nulidade da cláusula do foro, em que o judiciário fica com o exame da reclamação e só altera o foro local, se a cláusula compromissória for nula e sem efeito, a vontade das partes requerentes é integralmente excluída e o pedido de procedimento arbitral. Esta circunstância afeta a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das partes quanto às estratégias de negócio, os custos esperados e a duração esperada de eventuais sinistros.

E isso interfere na proteção legal dos investimentos privados - PJIP, aspecto que, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2015), é uma ferramenta importante que o empresário observa na hora de tomar decisões de investimento em determinados países, sendo mais barato investir em quem tem PJIP alto. Para analisar o grau de PJIP, são medidas as normas e princípios atuais, bem como a sua interpretação e aplicação.

Decisões judiciais que extrapolam a margem razoável de imprevisibilidade, tais como a que reconhece a nulidade de uma cláusula compromissória de arbitragem, causam impactos na atividade empresarial, principalmente na composição do preço. Na composição do preço o empresário realiza uma série de cálculos nos quais são levados em consideração não só a matéria prima e insumos, mas também a mão de obra e os encargos inerentes, os tributos, o risco, as ações judiciais, a inadimplência e o lucro.

¹ ORENGA, Danilo; FERRERO, Maria Fernanda. Entendimento de que todo contrato de franquia é de adesão é perigoso. *Consultor Jurídico*, 27 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-27/entendimento-todo-contrato-franquia-adesao-perigoso>>. Acesso em: 10 jun. 2020.



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

Quanto mais complicações forem adicionadas ao custo do produto ou serviço, maior será o impacto no preço final a ser suportado pela sociedade. E em um ambiente de decisões judiciais imprevisíveis, os empresários tendem a expandir sua margem de manobra para superar as incertezas. Como resultado, o preço tende a subir, o que às vezes torna impossível fazer negócios.

Este fenômeno é explicado por Ronald Coase (2016) ao descobrir que a emissão de uma ordem judicial (ou o conhecimento de que seria emitida) pode levar ao encerramento de uma atividade ou impedir o seu início devido aos custos que podem surgir em decorrência do empresário.

Portanto, no que se refere à cláusula compromissória, pressupõe-se que deve prevalecer o princípio da vinculação das partes contratantes ao contrato como consequência direta da autonomia de vontade, sendo a arbitragem ambiente obrigatório para a resolução de demandas relacionadas ao contrato de franquia.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais*. In *Tratado de Direito Comercial*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2015.]
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimen to privado*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 17, n. 112, Jun-Set 2018.



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios de Direito Comercial com anotações ao projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2019.

DELGADO, Maurício Gondinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FORGIONI, Paula Andrea. **A interpretação dos negócios empresariais**. In **Tratado de Direito Comercial**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2015.

FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

LAGES, Leandro Cardoso. **Direito do Consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NERY JR, Nelson. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ORENGA, Danilo; FERRERO, Maria Fernanda. **Entendimento de que todo contrato de franquia é de adesão é perigoso**. Consultor Jurídico, 27 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-27/entendimento-todo-contrato-franquia-adesao-perigoso>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Teoria geral dos contratos empresarias**. In **Tratado de Direito Comercial**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2015.



OS CONTRATOS DE FRANQUIA E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DOS CONTRATOS VINCULATIVOS

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SZTAJN, Raquel. *Contratos de sociedades e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.

