

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

MANUELA COSTA DO RÊGO BARROS

**A CLÁUSULA DE ARBITRAGEM DO CONTRATO DE FRANQUIA:  
Uma análise da autonomia do agente empresário à luz da liberdade econômica**

Recife  
2020

MANUELA COSTA DO RÊGO BARROS

**A CLÁUSULA DE ARBITRAGEM DO CONTRATO DE FRANQUIA:  
Uma análise da autonomia do agente empresário à luz da liberdade econômica**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito para a obtenção do Título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.

Recife  
2020

**Ficha catalográfica**  
**Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã**

B277c Barros, Manuela Costa do Rêgo.  
A cláusula de arbitragem do contrato de franquia: uma análise da autonomia do agente empresário à luz da liberdade econômica / Manuela Costa do Rêgo Barros. – Recife, 2020.  
43 f.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.  
Trabalho de conclusão de curso (Monografia – Bacharelado em Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2020.  
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Contrato de franquia. 3. Compromisso arbitral. 3. Acesso à justiça. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

34 CDU (22. ed.)

FADIC (2020.2-354)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DIREITO

MANUELA COSTA DO RÊGO BARROS

A CLÁUSULA DE ARBITRAGEM DO CONTRATO DE FRANQUIA:  
Uma análise da autonomia do agente empresário à luz da liberdade econômica

Defesa Pública em Recife, 14 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade

Examinador(a):

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Andrea Costa do Amaral Motta

## RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso visou o estudo sobre cláusula de arbitragem do contrato de franquia inserido no contexto da Liberdade contratual e intervenção mínima do Estado, tendo como uma hipótese inicial a nulidade da cláusula arbitral, quando não negociada, tendo em vista a renúncia antecipada de direitos, e possível inconstitucionalidade por violar o direito do acesso ao judiciário. Para tanto, foi utilizado o analítico dedutivo, assim, o estudo partiu da análise sobre o instituto dos contratos de franquia, tanto por adesão quanto por negociação, posteriormente foi realizado o estudo isolado sobre a arbitragem, desde a sua historicidade, até a sua aplicação e funcionamento no Brasil, a partir de uma análise da Lei de Arbitragem e, por fim, à luz da liberdade econômica e princípios constitucionais foi realizada uma análise da cláusula de arbitragem inserida no contrato de franquia por adesão. Ressalta-se que a importância do presente estudo esteve totalmente ligada à relevância do acesso ao judiciário, bem como à autonomia do agente empresário.

Palavras-Chave: Contrato de Franquia. Compromisso arbitral. Acesso à justiça.

## **ABSTRACT**

The present Course Conclusion Work aimed at studying the arbitration clause of the franchise contract inserted in the context of contractual Freedom and minimum State intervention, having as an initial hypothesis the nullity of the arbitration clause, when not negotiated, in view of the early waiver of rights, and possible unconstitutionality for violating the right of access to the judiciary. For this purpose, the deductive analytic was used, thus, the study started from the analysis on the institute of franchise agreements, both by adhesion and by negotiation, later the isolated study on arbitration was carried out, since its historicity, until its application and operation in Brazil, from an analysis of the Arbitration Law and, finally, in light of the economic freedom and constitutional principles, an analysis of the arbitration clause inserted in the franchise agreement by adhesion was carried out. It is important to emphasize that the importance of this study was totally linked to the relevance of the access to the judiciary, as well as to the autonomy of the business agent.

Keys-words: Franchise Agreement, Arbitration Commitment, Access to Justice.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>O CONTRATO DE FRANQUIA.....</b>	<b>9</b>
2.1	Contrato de Franquia por Adesão .....	17
2.2	Contrato de Franquia por Negociação.....	18
<b>3</b>	<b>A ARBITRAGEM.....</b>	<b>20</b>
3.1	A Arbitragem e sua Historicidade .....	21
3.2	Aplicação e Funcionamento da Arbitragem no Brasil .....	24
<b>4</b>	<b>A CLÁUSULA DE ARBITRAGEM INSERIDA NO CONTRATO DE FRANQUIA ANALISADA À LUZ DA LIBERDADE ECONÔMICA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>29</b>
4.1	A Lei de Liberdade econômica e seus reflexos na interpretação da cláusula de arbitragem no contrato de franquia.....	30
4.2	A arbitragem na franquia de adesão e o direito do acesso à justiça .....	32
4.3	A cláusula arbitral na franquia negociada mitiga o acesso à Justiça? .....	35
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>39</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>41</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei das Liberdades Econômicas previu expressamente a prevalência do princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, com vistas a reduzir a intervenção do Estado nas relações contratuais privadas. Assim, os contratos civis e empresariais deverão ser presumidos como paritários e simétricos, até que sejam apresentadas informações realistas que comprovem o afastamento de tal presunção.

Nesse sentido, foi garantido que as partes poderão estabelecer livremente critérios objetivos para explanação das cláusulas contratuais e de seus pressupostos de revisão e de resolução, devendo a revisão contratual ocorrer somente de forma excepcional e limitada, visto que a destinação de riscos determinadas pelas partes contratantes deve ser observada e respeitada, na forma dos artigos 421 e 421-A, do Código Civil.

A pesquisa que se inicia, trata acerca da cláusula de arbitragem do contrato de franquia através da autonomia do agente empresário à luz da Liberdade Econômica e seus efeitos jurídicos, cujo principal objetivo geral do presente Trabalho de Conclusão é compreender se a limitação da judicialização de conflitos viola o direito do acesso à justiça.

Tendo em vista que em contratos de adesão, a referida cláusula acaba se tornando uma imposição que eventualmente limita o acesso à justiça, bem como, em paralelo com a PLS 487/2013, a referida medida traz uma insegurança jurídica, vez que há uma renúncia direitos, onde o contratante fica prejudicado, faz-se mais que necessário o estudo da cláusula de arbitragem do contrato de franquia a partir de uma análise da autonomia do agente empresário à luz da Liberdade Econômica.

Sendo assim, até mesmo no contrato entre empresários não se pode criar um sistema diferenciado da forma de autonomia, tendo em vista que a autonomia de vontade é o que rege as relações negociais. Dessa maneira, no contexto da limitação da judicialização de conflitos, em razão da cláusula de arbitragem por imposição, especificamente nos contratos de franquia, há violação ao direito fundamental de acesso à justiça?

O presente estudo está voltado para a análise da cláusula de arbitragem do contrato de franquia inserido no contexto da Liberdade contratual e intervenção

mínima do Estado, sendo assim, para atingir o objetivo primordial de analisar se de fato o direito fundamental de acesso à justiça é violado ou não, entende-se como necessário percorrer o caminho do referencial de base que colabora para a construção do presente Trabalho de Conclusão de Curso em si.

Com a publicação da Lei de nº 13.874, que trata sobre os direitos da liberdade econômica, passa a predominar no Direito Empresarial, o princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual. No entanto, uma forte corrente acredita que em havendo cláusula de arbitragem, sem negociação, a renúncia antecipada de direitos geraria a nulidade da referida imposição, tendo em vista a possibilidade de ser uma ação inconstitucional, por violar o direito do acesso à justiça.

Como objetivos específicos, pretende-se: Caracterizar o instituto dos contratos de franquia no direito empresarial e direito civil; Analisar o instrumento da arbitragem de acordo com a sua historicidade e funcionamento; Analisar a cláusula de arbitragem do contrato de franquia diante do que estabelece à lei de liberdade econômica, e a principiologia constitucional, em relação à autonomia da parte vulnerável e hipossuficiente nas relações contratuais.

Portanto, para dar conta destes objetivos utilizou-se, como suporte metodológico a Lei das Liberdades Econômicas, através da pesquisa qualitativa, descritiva e método analítico dedutivo, e a técnica de pesquisa bibliográfica, com referencial teórico baseado em fontes secundárias, especialmente a doutrina.

No primeiro capítulo será caracterizado o instituto dos contratos de franquia no direito empresarial e direito civil, tendo em vista que este tipo de contrato é um sistema consideravelmente moderno, alternativo e característico que requisita um contrato específico para garantir uma estável relação entre os contratantes. Trata-se de um contrato que provém de uma extrema colaboração entre as partes, é o que presume maior dignidade, independentemente da existência de diferença de poderio econômico entre os contratantes. Ressalta-se ainda que a maior parte dos contratos de franquia se dão por adesão, no entanto, nada impede que o franqueador flexibilize as tratativas, com a possibilidade de negociação das cláusulas contratuais entre ambas as partes interessadas.

No segundo capítulo será analisada a Arbitragem, que é uma forma extrajudicial alternativa para resolução de conflitos, sendo considerada por muitos doutrinadores como célere e eficiente, discorrendo sobre os seus principais pontos,

quais sejam: historicidade, definição e funcionamento, para uma melhor compressão do objetivo específico que será estudado no terceiro capítulo.

Por fim, no terceiro capítulo será realizada uma análise sobre a cláusula de arbitragem do contrato de franquia diante do que estabelece a lei de liberdade econômica, e a principiologia constitucional, em relação à autonomia, uma vez que a Lei n.º 13.874, que dispõe sobre a declaração de direitos da Liberdade Econômica, positivou no parágrafo único do art. 421 do CC os princípios da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, tudo em redundância com o inciso III do art. 421-A do CC, que reitera a natureza excepcional e limitada da revisão contratual, para as relações contratuais privadas. Sendo assim, surge um grande óbice em se tratando da cláusula de arbitragem inserida no contrato de franquia por adesão, vez que, é cediço que a existência de cláusula arbitral, afasta a atuação do Poder Judiciário para solução de litígios decorrentes daquele contrato.

## 2 O CONTRATO DE FRANQUIA

Franquia é um modelo de negócio cuja espécie de atividade é reproduzida e transferida para outro ponto comercial com concessão e consentimento do detentor dos direitos, e que criou aquele modelo inicial, ou seja, o modelo oferecido pela empresa (Franquia) é replicado. Acredita-se que a ideia do sistema de franquia está presente desde o surgimento da Igreja Católica, onde encontra-se um sistema organizado formado pelo Vaticano e diversas unidades em diferentes regiões do planeta. Sendo assim, nesta lógica pode-se considerar o Vaticano como sendo a unidade franqueadora, as igrejas como sendo as franquias, e os padres como sendo os franqueados. Já a Cruz e o Dízimo podem ser considerados como a marca e os royalties, respectivamente.

Com uma evolução da ideia já pré-existente, é possível identificar na idade média uma semelhança com o sistema de “cartas de franquias” com o atual sistema de pagamento de royalties, tendo em vista que os reis e senhores feudais concediam aos burgueses, mediante contraprestação financeira, tal documento, para que estes pudessem exercer livremente as suas atividades na região.

De todo modo, acredita-se que o primeiro modelo de franquia, em uma situação mais assemelhada ao sistema atual, surgiu na segunda década no século XVIII, nos Estados Unidos, conforme pode-se observar abaixo a disposição da doutrinadora Maria de Fátima Ribeiro acerca do tema:

"Terá surgido em consequência da impossibilidade de os industriais nortistas expandirem as suas atividades para o oeste e o sul do país mediante atuação direta e capitais próprios. Então, os comerciantes locais terão arriscado os seus parcos capitais na venda de produtos que ostentavam marcas prestigiadas e reconhecidas pelos consumidores." (RIBEIRO, 2001, p. 12)

Um dos primeiros contratos de Franchising pode ser considerado como o do Benjamin Franklin com Thomas Whitmarsh, no ano de 1731, o inventor norte-americano assinou contrato com objetivo de abrir um negócio de impressão em Charlestown, Carolina do Sul, tal contrato definia que durante seis anos, estivesse sob os cuidados, gerenciamento e direção de ambos.

A principal razão do surgimento da franquia, deu-se em devido ao incrível progresso da economia norte-americana naquele período da história e, em especial,

à ambição dos empresários do norte do país, que pretendiam expandir seus negócios e aumentar seu lucro sem, entretanto, investir recursos próprios. Além disso, comerciantes locais não possuíam a experiência necessária para iniciar seus próprios negócios sem a assistência de um empresário mais experiente.

Alguns doutrinadores dispõem no sentido que o avanço e desenvolvimento do sistema de franchising se deu após a Segunda Guerra Mundial, em especial nos Estados Unidos, tendo em vista a notável expansão econômica dos EUA.

É importante também mencionar que outra razão que influenciou no avanço do sistema de franchising após a Segunda Guerra Mundial, corresponde ao fato que este sistema transformou-se em alternativa eficaz para os soldados desmobilizados que, embora carecessem de formação técnica necessária, dispunham de um pequeno capital e eram desejosos de investir.

Ao mesmo tempo em que começou a avançar e desenvolver pelo mundo, o franchising também iniciou a sua expansão no Brasil, principalmente no ramo de escolas de idiomas. De todo modo, tal sistema não se encontrava formatado de acordo com o modelo atual, onde nota-se um embasamento maior com relação à transferência de *know-how*.

Atualmente, no Brasil, o sistema de franquia empresarial é regulado pela Lei 13.966/2019, que dispõe sobre os pontos fundamentais de forma bastante particularizada, de modo a conceder maior clareza.

Em termos de espécie, a Franquia pode ser subdivida em três, a primeira seria a Franquia Industrial, que envolve a cessão e uso da marca e tecnologia da rede, que devem ser mantidas em sigilo pelo franqueado, que ao mesmo tempo produz e comercializa os itens fabricados. A segunda seria a Franquia de Comércio ou de Distribuição, que objetiva desenvolver uma rede de lojas iguais, com sistemas interligados, com a finalidade de comercializar e distribuir os seus itens. Por fim, a última espécie se refere à Franquia de Serviços, que esta se subdivide em duas, a propriamente dita e a do tipo hoteleiro. A primeira tem o como objetivo produzir e personalizar as prestações de serviços que serão reproduzidas e comercializadas pelo franqueado, já a segunda objetiva prover os serviços a determinado segmento de clientes (DINIZ, 2002, p. 315).

Tem-se uma necessidade de existência recíproca entre a Franquia e o *Franchising*, no entanto, existe uma diferença entre os seus conceitos, tendo em vista que esta última é o sistema de mercado que consiste em uma estratégia de expansão

por meio de unidades franqueadas, ou seja, é a ação de replicar o modelo de negócio denominado como franquias.

A Lei 13.966/2019, conceitua que o franqueador é o titular ou requerente de direitos sobre as marcas e outros objetos de propriedade intelectual negociados no âmbito do contrato de franquia, ou é expressamente autorizado pelo titular.

Já o franqueado é a pessoa física ou jurídica que adquire a um sistema de franquia mediante a realização de investimento certo e a celebração de um contrato de franquia. Dessa maneira, pode-se considerar que via de regra, é quem assume e administra a franquia. Faz-se necessário mencionar que a Nova Lei de Franquias, em seu artigo 1º, §2º passou a anuir que a contratação de franquia também pode ser realizada por entidade sem fins lucrativos ou empresa estatal, independente do segmento em que desenvolva as atividades.

Dessa maneira, pode-se concluir que a Franquia, que é a empresa detentora da marca que é franqueadora, e que cede ao franqueado o direito de uso e venda de seus serviços ou produtos utilizando sua marca, que este último é o responsável pela gestão de sua franquia.

O contrato de franquia empresarial decorre de um contrato específico, com a finalidade de garantir a estabilidade da relação contratual, em razão de ser um sistema extremamente inovador, alternativo e característico. O referido contrato apresenta como objeto serviços especializados de estruturação empresarial, sendo classificado como contrato de colaboração por intermediação, em que um dos contratantes obriga-se a interprender empenhos em prol de produzir ou estabelecer mercado para os produtos do outro.

Neste sentido, conclui-se que é um contrato que depende uma relação de estreita cooperação entre o franqueador e o franqueado, de modo que a relação seja sempre pautada na honestidade, independentemente diferença de poderio econômico entre as partes, que é o que normalmente ocorre. Sendo assim, juridicamente, o legislador cravejou a definição de franquia no artigo 1º da Lei 13.966/2019, como segue:

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. (BRASIL, 2019 [s.p.]).

No entanto, para muitos doutrinadores a definição trazida pela Lei não reflete a realidade do sistema, sendo assim, Martins conceitua o Contrato de Franquia da seguinte forma:

O contrato de franquia compreende uma prestação de serviços e uma distribuição de certos produtos, de acordo com as normas convencionais. A prestação de serviços é feita pelo franqueador ao franqueado, possibilitando a este a venda de produtos que tragam a marca daquele. A distribuição é tarefa de franqueado, que se caracterizam na comercialização do produto, os dois contratos agem conjuntamente, donde ser a junção de suas normas que dá ao contrato as características de franquia (MARTINS, 2002, p. 412).

A Lei 13.966/2019, que revogou a antiga lei de Franquias (Lei 8.955/94), é considerada como um marco para o setor, uma vez que o seu propósito é conceder uma maior segurança para as franquias, franqueados e franqueadores, trazendo uma série de inovações, maior equilíbrio e liberdade na relação entre as partes, e maior transparência e segurança jurídica em sua formalização. As alterações trazidas foram positivas, impondo a boa-fé e o dever de informação pelo franqueador.

A Lei vigente permaneceu com uma redação reduzida, uma vez que não abrangeu de forma minuciosa o referido instrumento contratual, no entanto, fundamentalmente preocupada em prover informações essenciais ao interessado em contratar o sistema de franquia.

Em razão disso, o artigo 2º trouxe algumas mudanças pontuais sobre a obrigação que o franqueador tem de prover aos seus possíveis franqueados interessados a Circular de Oferta de Franquia (“COF”), que é uma documentação que se tornou o foco da Lei 13.966/2019 e deverá conter os elementos essenciais do negócio a ser firmado entre as partes.

Tendo em vista a sua importância, o COF deve ser elaborado de forma discriminada, redigido em português e em linguagem clara, coerente e explícita, englobando obrigatoriamente, todos os pontos incluídos nos incisos do Artigo 2º da Lei reguladora. As mudanças com relação ao COF resumem-se apenas em acréscimos, onde foi adicionado ao rol anterior a necessidade de incluir diversos detalhes relacionados ao modelo de negócio.

Uma das mudanças trazidas pela Nova Lei de Franquias se refere a necessidade de discriminação na COF sobre a relação dos franqueados desligados nos últimos 24 meses, bem como as regras de transferência do negócio, ponto essencial, uma vez que em os de sucessão raramente eram incluídos na COF, ocasionando litígios judiciais acerca da matéria. Ressalte-se que de acordo com a Lei nº 8.955/94 era necessário apenas indicar a relação de franqueados desligados dos últimos 12 meses.

A redação da Nova Lei também deixou claro que o texto da COF deve ser mais transparente com relação aos serviços e suporte oferecidos ao franqueado, mencionando com clareza as regras para: penalidades e multas por omissão ou veiculação de informações inverídicas; quotas mínimas de compra; prazos contratuais; e condições de concorrência entre o franqueador e próprio franqueado.

Ressalta-se ainda que o § 1º do artigo acima citado determina que a COF precisará ser entregue ao possível franqueado no prazo máximo de 10 (dez) dias antes da formalização do contrato ou pré-contrato, ou, ainda, do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou a pessoa ligada a este, salvo no caso de licitação ou pré-qualificação promovida por órgão ou entidade pública, caso em que a Circular de Oferta de Franquia será divulgada logo no início do processo de seleção. Sendo assim, o descumprimento do prazo fixado pela Lei pode levar à anulabilidade do contrato de franquia e à devolução de taxas pagas e royalties.

O objetivo da Lei com relação a necessidade de fornecimento da COF é claramente para que o possível franqueado analise de forma detalhada o teor do contrato, e a viabilidade econômica do negócio. Caso qualquer determinação com relação ao conteúdo, prazo, ou qualquer outra formalidade para entrega da COF seja descumprida, o franqueador pode incorrer em penalidades, de acordo com as disposições contidas no § 2º do artigo 2º e artigo 4º da mesma lei.

Como qualquer contrato firmado entre partes, o contrato de franquia institui as regras que irão guiar a relação jurídica entre franqueador e franqueado, é nele onde serão estabelecidos todos os direitos e obrigações existentes entre as partes, bem como onde o detentor de propriedade industrial concede permissão para determinada empresa produzir e comercializar de forma direta, produtos de marcas consolidadas no mercado.

Ainda, nas palavras do doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2012), o contrato de franquia é o cômputo da associação de dois outros contratos empresariais, tendo em vista que envolve tanto a licença de uso de marca, quanto a prestação de serviços de organização empresarial. À sombra da visão do franqueador, o contrato ora analisado objetiva impulsionar enfaticamente a expansão dos seus negócios, sem a necessidade de realização de altos investimentos necessários à criação de novos estabelecimentos. E ainda de acordo com a posição do franqueado, o contrato torna viável o investimento em negócios já estabilizado no mercado, o que torna possível o aproveitamento da experiência administrativa e empresarial do franqueador.

Dessa maneira, constata-se que o contrato de franquia é um complexo negocial extremamente amplo, tendo em vista que engloba a necessidade de outros contratos, como a cessão do uso de marca ou patente, a distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços, locação, cessão de *know-how*, prestação de serviços, assistência técnica, comissão, dentre outros.

A principal característica do contrato de *franchising* é a independência do franqueado, que não gera vínculo empregatício com o franqueador, mesmo operando a marca deste, o que dá a impressão de ser uma relação de dependência, no entanto, as autonomias jurídica e financeira são mantidas.

Conforme já mencionado acima, a essência dos contratos de franquia é de prestação de serviços de organização empresarial, e sendo assim, em sua maioria, se dividem, principalmente, em três contratos específicos, sendo assim, André Luiz

Santa Cruz subdivide em os contratos em (i) *engineering*, por meio do qual o franqueador orienta o franqueado em todo o processo de montagem e planejamento do seu estabelecimento; (ii) *management*, mediante o qual o franqueador orienta o franqueado no treinamento de sua equipe de funcionários e na gerência de sua atividade; e (iii) *marketing*, por meio do qual o franqueador orienta o franqueado quanto aos procedimentos de divulgação e promoção dos produtos comercializados.

É imprescindível definir o contrato de franquia quanto à natureza jurídica, que pode ser identificada a partir das sete gerações existentes, de acordo com a incorporação do franqueador com a rede, quais sejam:

(1) Primeira Geração: Quando existe uma licença para venda e/ou serviço, porém não há exclusividade entre as partes; (2) Segunda Geração: Quando existe uma licença para venda e/ou serviço, com exclusividade, no entanto, a franquia não oferece suporte ao franqueado; (3) Terceira Geração: Quando existe uma licença

para venda e/ou serviço, cumulada com o *Know-how* e prestação de serviços de apoio ao franqueado; (4) Quarta Geração: Além dos itens existentes na Terceira Geração, existe entre franqueador-franqueado uma relação de proximidade; (5) Quinta Geração: O objetivo desta geração é criar um sistema interligado online de toda rede de franquia, cruzando informações com a finalidade de melhorar o rendimento; (6) Sexta Geração: Possui como objetivo principal garantir a sustentabilidade por meio da prestação de serviços; (7) Sétima Geração: Por fim, a última geração além de agregar todas as características das gerações acima citadas, possuem como requisito principal a prestação de serviços sociais, como saúde e educação.

Como todo e qualquer contrato possui elementos essenciais, o Contrato de Franquia possui dois elementos particulares que são imprescindíveis, os quais encontram-se destacados no artigo 1º da Lei que regulamenta o instrumento contratual em estudo. O primeiro elemento corresponde a autorização concedida pelo franqueador para que o franqueado utilize a marca e outros objetos de sua propriedade intelectual. O segundo elemento diz respeito à prestação de serviços, relacionado ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio, ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador. Este último se refere à prestação de serviços.

Todo negócio apresenta vantagens e riscos, no entanto, no contrato de Franquia pode-se considerar que tais pontos são menores, tendo em vista que o Franqueado investe uma quantia menor do que se fosse iniciar uma nova marca, e no caso da franquia, normalmente se tem uma marca já consolidada no mercado. Sendo assim, para obter uma crescente geração de atividades negociais e circulação de riquezas, paralelo à permanência e solidificação de grandes corporações é imprescindível que exista a livre iniciativa em grande escala.

Sendo assim, o objetivo maior do sistema de Franquias é prestar os serviços oferecidos de forma padronizada em qualquer localidade, mantendo a mesma qualidade em qualquer unidade que faça parte do grupo.

A estabilização dos elementos essenciais do contrato de Franquia é o que proporciona que os empresários, franqueador e franqueado, colaborem reciprocamente na procura por resultados favoráveis ao crescimento de mercado. Destarte, conclui-se que a cooperação recíproca, tanto no campo tecnológico, como no econômico, de modo que a independência jurídica permaneça,

produz um maior avanço econômico à relação contratual e, conseqüentemente, à economia de mercado.

No tocante à relação de subordinação decorrente do contrato de *Franchising*, observa-se certa divergência doutrinária. Ocorre que muitos doutrinadores entendem que como não existe um vínculo empregatício entre franqueador e franqueado não se pode falar em subordinação.

O contrato de Franquia é um contrato bilateral, oneroso, formal, comutativo, *intuitu personae* e de execução continuada. Bilateral e comutativo, tendo em vista que assim como nas demais espécies de contrato, no contrato de *Franchising* ambas partes encontram-se vinculadas, possuindo direitos e deveres relevantes a serem observados. Sendo assim, existe um equilíbrio de obrigações, que são consentidas por ambos, e o descumprimento por alguma das partes, se acordo com o artigo 1.092 do Novo Código Civil, pode ocasionar a exceção de contrato não cumprido ou, até mesmo, o direito de rescisão.

Levando em conta que as obrigações existentes no contrato de *Franchising* dependem de uma contraprestação, que resulta em uma prestação, onde ambas partes possuem um ônus, considera-se o contrato de franquia como oneroso. Além disso, para obter a formalização do instrumento contratual em estudo, é necessário que o instrumento seja redigido em conformidade com o que é exigido em lei, e assinado na presença de duas testemunhas, sendo assim um ato solene e formal.

Ressalte-se que a natureza do contrato de Franquia no tocante da personalidade da relação jurídica existente é definida como *Intuitu personae*, ou seja, as obrigações recíprocas devem ser cumpridas pessoalmente por ambas as partes. Ainda com relação às características do contrato de Franquia, vale citar que é um contrato de execução continuada, tendo em vista que as obrigações existentes se realizarão de forma continuada, e não em apenas um único momento.

É imprescindível mencionar que o instrumento contratual em estudo pode se dar de duas maneiras, por contrato de adesão, ou ainda por negociação entre as partes, sendo o primeiro o instrumento mais utilizado nas relações de consumo, bem como, especificamente nos contratos de franquia. São elaborados, geralmente por uma das partes, sem possibilidade de negociação, sendo assim, não resulta do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente as cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.

Por fim, vale ressaltar que a extinção do contrato se dá automaticamente quando do seu termo final, ou ainda a qualquer momento por vontade autônoma das partes, desde que tais deliberações sejam tomadas em conformidade com as cláusulas contratuais constantes no instrumento formalizado entre o franqueador e o franqueado.

## 2.1 Contrato de Franquia por Adesão

A forma de contrato por adesão é um dos instrumentos mais utilizados nas relações de consumo, bem como, especificamente nos contratos de franquia. São elaborados, geralmente por uma das partes, sem possibilidade de negociação, sendo assim, não resulta do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente as cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.

Para muitos doutrinadores o Contrato de Adesão é aquele onde a manifestação de autonomia de vontade de uma das partes se minimiza a mera anuência a uma proposta da outra. Opondo-se a ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, tendo em vista que exclui qualquer possibilidade de debate e transigência entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro, aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos.

Sobre esse ponto, é importante frisar que, embora o Novo Código Civil estabeleça, no artigo 424, que os contratos de adesão serão interpretados de forma mais favorável para o aderente, com a possibilidade de anulação dos itens que contenham renúncias a direitos pelo aderente, não é possível afirmar necessariamente que a relação entre o franqueador e o franqueado possui natureza consumerista.

A jurisprudência brasileira não é uniforme quanto a este tipo de relação jurídica, no entanto, a justificativa coerente utilizada por muitos doutrinadores é de que no contrato de franquia, o franqueado não é destinatário final do produto, sendo assim, não possui a condição de consumidor, requisito este que diverge do que é estabelecido no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

É mister elucidar que de acordo com o artigo 423 do Novo Código Civil o contrato de adesão rege-se pelo princípio da transparência, sendo assim, as cláusulas

integrantes devem ser claras, de modo que em havendo dúvidas, ambiguidade ou contrariedade, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Assim, em um eventual conflito judicial entre o franqueador e o franqueado sobre o objeto do Contrato, não há garantia de que eventual abusividade ou onerosidade excessiva em desfavor do franqueado será efetivamente anulada ou desconsiderada.

Tendo em vista a essência do contrato de adesão, tal instrumento seria o mais adequado para o modelo de contratos de Franquia, uma vez que seu caráter essencial corresponde a imutabilidade das cláusulas contratuais.

Dessa maneira, tendo em vista que uma franquia possui vários franqueados, o contrato por adesão garantiria o tratamento padronizado sob as mesmas condições a todos os franqueados, como forma de paridade e igualdade entre os franqueados e também para garantir o sucesso e a saúde financeira do sistema de franquia, zelando pelo conceito de mercado e excelência da marca.

Sendo assim, em havendo contrato de adesão, o franqueador somente aceita no negócio quem consentir seus termos, com exigência de obediência contínua a determinado padrão de conduta. Desse modo, a interpretação de um negócio de franquia deve levar em conta os princípios de hermenêutica que regem os contratos majoritariamente de adesão.

## 2.2 Contrato de Franquia por Negociação

Os contratos negociados são os contratos em seu conceito clássico, pautados na autonomia da vontade e na liberdade de conteúdo, que resultam em um acordo de vontades que tem por objetivo a criação, a modificação ou a extinção de direitos.

Sendo assim, pode-se definir que são os contratos elaborados por ambas partes contratantes, ou quando o alguma das partes permite a flexibilização para negociação de determinadas cláusulas integrantes do contrato base, quando a outra questionar, existindo, dessa maneira, um livre debate, com a finalidade de atingir um consenso entre ambas.

Como já mencionado, a maior parte dos contratos de franquia se dão por adesão, no entanto, nada impede que o franqueador flexibilize as tratativas, com a

possibilidade de negociação das cláusulas contratuais entre ambas as partes interessadas, tendo em vista que há cláusulas que podem ser livremente discutidas.

Como exemplo, pode-se mencionar que obrigações e condições que não afetem o núcleo essencial do produto ou serviço idealizado na franquia podem ser, e costumeiramente são, negociados entre as partes, seja por uma questão meramente comercial ou por adequação aos aspectos peculiares de determinada franquia, como por exemplo, fatores regionais, climáticos e culturais.

Ressalta-se que a modalidade comercial de contratos foi uma grande responsável por trazer nos últimos tempos a adaptabilidade do agente econômico que resultou em modalidades comerciais como a da franquia.

Sendo assim, a dinamicidade da atividade empresarial é essencial nas relações comerciais, tendo em vista que leva o agente econômico à criação e ao aperfeiçoamento de modelos contratuais que sejam adaptáveis às suas necessidades comerciais.

No entanto, em caso de franquias que adotam os contratos por adesão, menor será a possibilidade de negociação, principalmente pela instituição de normas específicas, aplicáveis a todos os franqueados, de todo modo, a Nova Lei de Franquias trouxe mudanças inovadoras que conferiram às partes maior liberdade para disporem acerca do contrato.

### 3 A ARBITRAGEM

O sistema judiciário brasileiro, de modo geral, é considerado como um meio de resolução de conflitos seriamente moroso, tendo em vista que enfrenta diversas dificuldades, dentre as principais pode-se identificar o excesso de demandas e procedimentos formais, escassez de magistrados e servidores, e alta quantidade de ritos burocráticos.

Faz-se necessário mencionar que de acordo com Relatório em Números 2020, do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), apurado com base nos dados correspondentes ao ano de 2019, o último ano findou-se com 77,1 milhões de processos em tramitação no Judiciário.

Como alternativa à morosidade do Judiciário brasileiro a busca por meios de soluções negociadas, denominadas de modo geral como justiça restaurativa, encontra-se em uma grande crescente, onde a arbitragem ganha relevância. Destaque-se que nos dias atuais a sociedade tem amplo alcance às soluções das técnicas de arbitragem, que promovem a resolução de conflitos de modo eficiente, célere e consensual entre as partes, e a fim de compreender melhor esta técnica, é essencial a comparação e diferenciação à outros meios alternativos de resolução de conflitos, para posteriormente adentrar em sua historicidade e analisar o seu funcionamento.

Pode-se citar como outros meios alternativos para a resolução de conflitos a conciliação, negociação e mediação. Sobre a mediação é importante pontuar que a mesma procura a resolução instantânea do conflito, onde o mediador possui exclusivamente a função de facilitar para que as partes obtenham êxito sobre a resolução do impasse, destaque-se que tal meio é externo ao poder judiciário. Já com relação à conciliação temos um meio processual para a solução dos conflitos, onde o conciliador deve utilizar-se de uma técnica de convencimento e negociação para obter a conciliação entre as partes, podendo inclusive aconselhar sugestões às partes.

A negociação é o meio alternativo mais informal e minimamente procedimental, tendo em vista que ocorre tão somente quando as partes, sem a intervenção de outrem, negociam entre si de acordo com as suas vantagens e estratégias particulares.

Quanto à arbitragem pode-se mencionar que o termo “arbitramento” é sinônimo de julgamento, ou seja, o conflito apresentado pelas partes será analisado pelo(s) árbitro(s) demandado(s), onde as partes envolvidas deverão firmar previamente o denominado “compromisso arbitral”, e diante disso os envolvidos devem se sujeitar à sentença arbitral, que é irrecorrível, isto é, não existe um tipo de recurso apto a reformar o mérito da decisão prolatada pelo árbitro.

Strenger discorre sobre a extensão da arbitragem, por ele assim definida:

O termo arbitragem, *tout court*, pode ter ampla extensão. A arbitragem abrange, como sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação (1996, p. 33).

De acordo com a definição acima elucidada, nota-se que conforme já mencionado anteriormente, a arbitragem pode ser compreendida como um meio alternativo de resolução de conflitos, no entanto, tal meio só poderá ser utilizado com relação aos direitos disponíveis e patrimoniais, em conformidade como art. 1º da Lei 9.307/1996.

### 3.1 A Arbitragem e sua Historicidade

Na Antiguidade, a solução de controvérsias dificilmente era pacífica, tendo em vista que normalmente o objetivo seria obter a resolução por meio de lutas e até mesmo guerras. No entanto, ao longo da evolução também passaram a existir meios mais moderados para a solução de conflitos, e dentre eles a forma que se sobressaiu foi a arbitragem. É possível obter registros históricos da utilização da arbitragem desde o ano 754 a.C., na Roma Antiga. Nesse seguimento de raciocínio Sálvio de Figueiredo Teixeira leciona:

Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo iudiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulas*. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio extraordinária* sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de

julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado arbiter, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício. Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império (TEIXEIRA, 1997, p. 25).

Do que acima foi mencionado verifica-se a suma importância da arbitragem na Roma Antiga, onde seu uso era obrigatório para a solução de conflitos, destaque-se também que a partir da análise das palavras do doutrinador é possível compreender que a arbitragem foi o ponto inicial para o surgimento do órgão estatal jurisdicional devidamente estruturado.

O instituto da arbitragem passou por uma crescente evolução até chegar nos dias atuais, se expandido e popularizando por todos os continentes, tornando-se bastante importante tanto para o *civil-law*, quanto para o *comon-law*.

Destaque-se que a utilização das técnicas de arbitragem no Brasil não é algo recente, tendo em consideração que as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas previam o uso da arbitragem como meio de solução de conflitos, bem como a primeira Constituição brasileira também previa a sua utilização, conforme pode-se verificar a disposição do seu artigo 160:

Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. (BRASIL, 1824 [s.p.]).

Verifica-se, portanto, que a arbitragem sempre esteve presente no Direito brasileiro, onde também é possível verificar disposições sobre o seu uso no Código Comercial brasileiro de 1850 e Códigos Civis de 1916, 1939 e 1973, dentre diversas outras disposições.

Ressalta-se que o Código de Processo Civil de 1939 também previa a utilização da arbitragem, ocorre que a mesma legislação também determinou a obrigatoriedade de homologação da sentença arbitral pelo judiciário, posteriormente, Código de Processo Civil de 1973 também dispôs sobre a utilização da arbitragem, de modo a permitir a possibilidade de recurso ao judiciário. Tais disposições fogem das particularidades essenciais à arbitragem, que pode-se verificar a partir da elucidação abaixo:

a) de ser um instituto sui generis (diferenciado da justiça estatal); b) possuir natureza contratual e jurisdicional; c) solucionar a existência de um conflito atual ou potencial de interesses; d) ser um sistema de julgamento especial; e) a indicação do árbitro pelas partes; f) a decisão é obrigatória; g) a sentença tem força executória e h) a solução do conflito é vinculante (MARDEGAN, 2020, p. 41).

Diante da repulsão da sociedade e escassa utilização foi apresentado o projeto de Lei que deliberava sobre o instituto da Arbitragem, com o objetivo de incentivar o seu uso e assemelhar o procedimento arbitral ao judicial, inclusive no tocante à sua independência, a fim de democratizar e proporcionar celeridade, eficiência, segurança, economia pecuniária e de tempo, e método procedimental para que as partes pudessem atingir a segurança jurídica fundamental. O projeto de Lei foi posteriormente foi sancionado no dia 23 de setembro de 1996, sob a Lei nº 9.307.

O advento da Lei de Arbitragem foi considerado muito importante para as relações internacionais onde o Brasil se encontra envolvido, tendo em vista as barreiras nacionais impostas e o hiato existente entre os Estados e seus respectivos sistemas jurídicos.

Vale frisar que a Lei nº 9.307/96 foi desenvolvida ante a grande influência da Lei Modelo sobre Arbitragem, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UNCITRAL, que busca harmonizar a legislação dos países sobre a arbitragem comercial, inibindo as disparidades culturais e de seus respectivos sistemas jurídicos.

A Lei de Arbitragem trouxe diversas inovações, que levaram o instituto em comento de volta para a sua essência, e nas palavras do doutrinador Carlos Alberto Carmona pode-se compreender a importância das três principais inovações:

a) determinou que arbitragem pode ser instituída através da convenção de arbitragem, que engloba tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória (art. 3º da Lei) baseando-se o legislador brasileiro, portanto, no atual modelo francês; b) estipulou que a sentença arbitral passa a ter a mesma eficácia da sentença estatal (art. 18 da Lei), de tal sorte que, sendo condenatória, constituirá título executivo judicial (art. 584, II, do Cód. Processo Civil Brasileiro) o que significa dizer que o laudo arbitral condenatório fica equiparado, para todos os efeitos – inclusive para fins de eventuais embargos do devedor – à sentença estatal da mesma natureza; e c) deixou claro que cabe ao Supremo Tribunal Federal homologar sentenças arbitrais estrangeiras, de tal sorte que o art. 3º da Lei de Arbitragem interpreta de modo conveniente o art. 102, I, “h” da Constituição Federal que outorga à Suprema Corte a competência para “homologação das sentenças estrangeiras” (CARMONA, 2001, p. 45-46)

É importante mencionar também que a Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019, que dispõe sobre o sistema de franquia empresarial, em seu artigo 7º, § 1º, prevê de forma expressa a possibilidade de utilização de juízo arbitral para a resolução de conflitos relacionados ao contrato de franquia.

### 3.2 Aplicação e Funcionamento da Arbitragem no Brasil

Conforme já citado, o instituto da arbitragem só pode ser utilizado com o objeto relacionado a direitos disponíveis e patrimoniais, além disso, as partes devem possuir plena capacidade, em conformidade com as normas do Código Civil, para que possam demonstrar a autonomia de vontade, com a finalidade de pretender um julgamento baseado na equidade.

Para que a arbitragem seja instituída têm-se duas vias, denominadas como cláusula arbitral ou compromissória e compromisso arbitral. A primeira ocorre em razão de um eventual e incerto litígio que possa ocorrer no futuro, já a última ocorre em decorrência de um conflito presente e concreto.

No tocante às divergências entre a cláusula arbitral e o compromisso, doutrina Guilherme Strenger:

Comparativamente, pode-se dizer que a cláusula compromissória está para o compromisso assim como a promessa está para o próprio ato, ou que aquela é um contrato dentro de um contrato e este é um contrato fora do contrato, porque o compromisso depende do litígio que afronta as partes e não se vincula, a não ser indiretamente, às relações contratuais que determinam a controvérsia. (STRENGER, 1986, p. 27)

Dessa maneira, pode-se concluir que a cláusula compromissória é o pacto onde as partes acordam, previamente, por escrito, a resolução de eventuais litígios futuros decorrentes da relação jurídica existentes entre elas por meio do juízo arbitral.

É importante ainda mencionar que em se tratando de contratos de adesão, a cláusula compromissória deve se encontrar destacada em negrito, bem como, com visto ou assinatura específicos para tal acordo.

De acordo com a legislação, verifica-se que a presença da cláusula de arbitragem em contratos de adesão depende de uma condição indispensável, qual seja: a aplicação do princípio da autonomia da vontade. Dessa maneira, é notável que tal condição não pode ser imposta à parte hipossuficiente, no entanto, é de conhecimento geral que na prática de contratos de adesão, em sua grande parte, não existe uma abertura para negociação.

Destaque-se que a Cláusula Arbitral possui caráter obrigatório e se vincula às partes contratantes, e conforme dispõe o artigo 7º da Lei de Arbitragem, existindo resistência com relação à aplicação do compromisso, a parte interessada possui capacidade de reivindicar a citação da outra com o objetivo de comparecer em juízo, para assim emitir o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal finalidade.

Havendo arbitragem, a instância competente para julgamento é a Câmara Arbitral, que deve ser composta por pelo menos um árbitro, à escolha das partes. No entanto, a composição da câmara deve sempre corresponder a números ímpares, de todo modo, caso as partes nomeiem os árbitros em numeração par, os escolhidos devem eleger um terceiro para compor a turma, se inertes ou não havendo acordo, o Poder Judiciário deve ser acionado para deliberar sobre a nomeação da composição do cargo vago, tudo isso em conformidade com o artigo 13 da Lei de Arbitragem.

Os árbitros nomeados devem atuar de modo imparcial e neutro, suas decisões devem ser pautadas na equidade e em seu conhecimento técnico, devem ainda ser equiparados aos funcionários públicos, no que corresponde aos seus direitos e deveres, e até mesmo no que diz respeito à legislação penal. Destaque-se que os árbitros podem ser declarados impedidos ou suspeitos, do mesmo modo que Juízes estatais.

O procedimento arbitral deve seguir um rito que encontra-se disposto no Capítulo IV da Lei de Arbitragem, e para que seja instaurado é requisito primordial a aceitação por todos os árbitros nomeados.

Ao longo do rito arbitral e após a sua realização, o judiciário não possui capacidade para analisar e julgar questões atinentes ao mérito do caso em discussão. No entanto, diante de questões excepcionais, como diante das condições de nulidade do processo arbitral, que encontram-se dispostas no artigo 32 da referida Lei, o

judiciário poderá ser instado, analisando exclusivamente as questões indicadas nos incisos que seguem o caput do referido artigo, quais sejam, quando: (i) não observados os requisitos, prazos e princípios aplicáveis; (ii) declarada nula a convenção arbitral; (iii) a sentença for proferida por quem não tem capacidade para ser árbitro; (iv) a sentença for proferida fora dos limites da convenção arbitral; e (v) reste comprovado que foi proferida em razão de prevaricação, concussão ou corrupção passiva.

No entanto, grande parte dos doutrinadores elucida o roll acima citado como tão-somente elucidativo, suportando a dilatação das possibilidades de nulidade, sob condição de que o fato alegado seja de fato grave para influenciar a decisão final e seja comprovado de forma inequívoca.

Neste sentido, pode-se destacar que outros fundamentos para propor a ação de nulidade como, por exemplo, versar a sentença sobre direitos indisponíveis, ofender a ordem pública, infringir princípio constitucional, ou ainda se ficar provado que o árbitro influenciou-se por uma das partes ou terceiros para prejudicar a outra, ou até mesmo ambas, prejudicando terceiros.

Pode-se também ocorrer a invalidade do procedimento arbitral, que decorre da inobservância às regras legais ou princípios. Desse modo, em havendo nulidade ou invalidade dos árbitros, tribunal arbitral, ou da convenção, as partes devem ser submetidas ao Poder Judiciário, para que possam resolver o conflito.

Destaque-se que as partes possuem o dever de estabelecer o procedimento arbitral, adotando as diretrizes de acordo com as legislações vigentes e entidade especializada ou órgão arbitral institucional, de todo modo, caso resolvam à unanimidade, pode o tribunal arbitral ou árbitro, ser delegado para estabelecer o procedimento.

Faz-se mister elucidar que princípios como o do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e do livre convencimento devem ser levados em consideração pelos árbitros independente de estipulação.

Ao longo do procedimento o árbitro ou tribunal arbitral poderá requerer demais esclarecimentos, tomar depoimentos, ouvir testemunhas, assim como demais procedimentos, da mesma forma que o juiz estatal. Ressalta-se que os árbitros podem

requerer o depoimento pessoal, procedimento este que em meios públicos só pode ser requerido pelas partes. Não obstante, é importante destacar que nas câmaras arbitrais os árbitros não têm poder coercitivo, sendo assim, caso a testemunha intimada deixe de comparecer, os árbitros devem acionar o órgão judicial competente para que este possa exercer o poder coercitivo.

Destaque-se que em havendo modificação de árbitro, poderá o seguinte refazer tudo o que o já havia sido realizado, em especial, as provas já produzidas.

Como ato decisório da Câmara Arbitral tem-se a Sentença Arbitral, que deve ser proferida de acordo com a maioria dos votos, no prazo de 6 meses a contar da instituição do procedimento ou da data de substituição do árbitro, caso não haja unanimidade o voto do presidente do tribunal será decisório. De todo modo, caso as partes resolvam estipular prazo maior do que o definido por lei, em momento anterior ao início do procedimento, este deverá ser considerado.

É mister elucidar que a sentença arbitral deve conter os elementos estruturais definidos no artigo 26 da Lei de Arbitragem, sob pena da sentença não produzir os efeitos pretendidos. Dessa maneira, o referido documento deve conter um relatório com a respectiva individualização e identificação dos litigantes, seguido de um resumo do conflito, contendo os principais fatos e fundamentos apresentados, para que em seguida possam ser apresentados os fundamentos da decisão a partir de uma análise crítica das questões levantadas pelas partes, considerando a legislação escolhida ou a equidade.

Ato contínuo será apresentada a decisão final sobre o litígio, a partir da demonstração das obrigações que deverão ser seguidas pelas partes, e por fim, a indicação da data e local, os quais são requisitos importantíssimos, tendo em vista que encontram-se relacionados, respectivamente, aos limites temporais previamente estabelecidos, e a eventual necessidade de homologação da sentença, em razão da jurisdição em que deverá ser executada.

Destaque-se que a sentença deverá ser assinada por todos os árbitros em conjunto, com a finalidade de demonstrar o trabalho em conjunto e o resultado alcançado. Havendo a recusa ou impossibilidade de algum dos árbitros assinar a sentença, deverá o presidente do tribunal certificar tal situação.

Caso as formalidades necessárias para realização de uma sentença arbitral eficaz não sejam observadas, poderá ocorrer a nulidade do ato, devendo a parte interessada requerer ao poder judiciário competente.

Ao final do procedimento as partes deverão receber uma cópia da sentença arbitral, mediante comprovação de recebimento, para que a partir desse momento reste comprovado o conhecimento sobre os termos da sentença, bem como para início da contagem do prazo de cinco dias para solicitar eventuais ajustes de erro material e esclarecimentos sobre dúvidas, obscuridades, ou contradições no texto. Destaque-se que a Sentença Arbitral é um ato irrecorrível, ou seja, o reexame da matéria é vedado, com exceção dos ajustes e esclarecimentos acima dispostos.

Conforme já mencionado, o mecanismo da arbitragem tornou mais popular e necessário com o surgimento da globalização, tendo como foco principal a mediação de conflitos de interesses em relações internacionais entre diferentes nações.

Em compreensão com a Lei de Arbitragem do Brasil, para obter a aprovação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, ou seja, as proferidas fora do território nacional, tal sentença deve ser submetida à aceitação pelo Superior Tribunal de Justiça.

#### **4 A CLÁUSULA DE ARBITRAGEM INSERIDA NO CONTRATO DE FRANQUIA ANALISADA À LUZ DA LIBERDADE ECONÔMICA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

As alterações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, conforme o próprio nome diz, objetivam estabelecer a liberdade contratual entre as partes, bem como, também gerar uma maior segurança jurídica, buscando reduzir ações judiciais relacionadas às cláusulas contratuais em geral.

A referida Lei trouxe mudanças significativas sobre a revisão contratual e a aplicação dos contratos de adesão, tais alterações refletem significativamente na análise do problema identificado, bem como para a conclusão sobre a hipótese.

No entanto, com a finalidade de analisar a Cláusula de Arbitragem do contrato de franquia à Luz da Liberdade Econômica, também é necessário explorar o tema de acordo com os princípios constitucionais que encontram-se estritamente relacionados ao problema posto, como o Princípio da Igualdade, Autonomia, Boa-Fé, *Pacta Sunt Servanda* e Inafastabilidade da Jurisdição.

O princípio da igualdade encontra-se disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Diante disso, tal princípio pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual, ou seja, conceder tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades

O princípio da autonomia de vontade encontra-se intimamente ligado com o maior dos Princípios Constitucionais: Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que a dignidade fundamenta-se em três eixos básicos, um deles sendo a autonomia, e é possível afirmar que ter autonomia vai além do que o simples gesto de decidir as condições de sua vida, uma vez que deve ser apresentada de modo interativo, como até mesmo a partir de um diálogo.

Desse modo, toda e qualquer pessoa, não apenas em relações contratuais, deve agir com autonomia, sempre em sua ampla liberdade e com base na boa-fé, que também é um princípio fundamental do direito privado brasileiro, o qual busca

estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas mais diversas relações obrigacionais.

A Constituição Federal vigente e o Código Civil brasileiro de 2015 norteiam as relações contratuais de acordo com o princípio *pacta sunt servanda*, ou princípio da força obrigatória, presume a obrigatoriedade dos contratos, ou seja, se firmado entre as partes tal contrato deverá ser plenamente cumprido, de acordo com os limites da lei. No entanto, a força deste princípio deve ser relativizada em razão de determinadas situações, como no presente caso, a hipotética violação ao direito do acesso à justiça, ou seja, do princípio da inafastabilidade da jurisdição, em razão da presença da cláusula compromissória arbitral em contratos de franquia.

#### 4.1 A Lei de Liberdade econômica e seus reflexos na interpretação da cláusula de arbitragem no contrato de franquia

O princípio da revisão dos contratos possui como objetivo garantir a função social dos contratos, em decorrência de fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis. Ou seja, a revisão dos contratos é considerada como uma ferramenta capaz de conceder aos contratos, diante de determinados fatos, a atualização e força necessária para que possam fomentar de maneira efetiva o desenvolvimento da relação contratual, sem que percam, porém, sua obrigatoriedade e estabilidade, ou até mesmo, para que seja realizada a resolução, de modo justo e equilibrado entre as partes que se encontram em desigualdade, diante de eventual onerosidade excessiva.

No entanto, a Lei da Liberdade Econômica, ao dispor sobre o assunto em comento, incluiu o artigo 421-A ao Código Civil, o qual passou a vedar a aplicação do mecanismo da revisão contratual no âmbito dos contratos empresariais, de modo a garantir a aplicação do princípio da intervenção mínima do Estado e a excepcionalidade da revisão contratual nas relações contratuais privadas.

A revisão de contratos empresariais poderá ocorrer especificamente diante das hipóteses de alteração do valor da obrigação de dar quantia certa, bem como de proposta da parte beneficiada, a alteração de circunstâncias fáticas possibilita ao prejudicado tão somente a faculdade de pleitear a resolução do negócio, de acordo com os artigos 317, 479, e 478 do Código Civil, respectivamente.

Destaque-se que ainda de acordo com o artigo acima citado, os contratos civis e empresariais deverão ser presumidos como paritários e simétricos, além de que a alocação de riscos definida pelas partes deve ser sempre respeitada e observada, até que sejam apresentados fatos determinados que demonstrem a necessidade do afastamento de tais presunções.

A alteração trazida pela lei da liberdade econômica encontra-se em paralelo com a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que amplia o âmbito de aplicação da arbitragem, determinando que contratos empresariais devem ser regidos por este sistema.

A autonomia das partes é um requisito extremamente relevante para as relações contratuais, tendo em vista que encontra-se vinculado ao princípio constitucional da autonomia, e conseqüentemente se manifesta diante da ampla liberdade das partes para contratar e na liberdade de estabelecer entre si os termos e condições do vínculo contratual, ou seja, apresenta-se de modo interativo.

Nesse momento, é importante definir o conceito de contratos paritários, que são aqueles onde as partes interessadas estão em pé de igualdade, e podem discutir livremente os termos do ato negocial, eliminando os pontos divergentes mediante consentimento mútuo.

Desse modo, pode-se considerar que contratos de adesão não podem ser considerados como paritários, uma vez que são um determinado tipo de contrato, celebrado entre duas partes, onde os direitos, deveres e obrigações são estabelecidos pelo proponente, sem que o aderente possa discutir ou modificar seu conteúdo. Diante disso, é necessária uma proteção mais efetiva em razão da vulnerabilidade da relação.

No entanto, o contrato de franquia por adesão é considerado como um contrato empresarial, que conseqüentemente traz uma presunção de igualdade entre as partes, mas não é o que ocorre na realidade, tendo em vista que o franqueado sempre é a parte mais vulnerável e frágil na relação contratual, o que é desigual fática e juridicamente. Destaque-se que em pé de igualdade se encontrariam caso a integralidade das cláusulas, condições e obrigações contratuais fossem devidamente acordadas, como um contrato paritário.

Além da desigualdade hierárquica entre as partes, é possível afirmar que as ambas também se encontram diante de uma desigualdade em razão da inexistência de um contrato paritário, conforme informado acima, e diante disso, o

tratamento isonômico deve ser concedido, de modo que as partes sejam tratadas de forma diferente, com a finalidade de obter uma igualdade de direitos, ou seja, na presente problemática é correto mencionar que o franqueado necessita de uma maior atenção.

Diante disso, afirma-se que a desigualdade hierárquica existente entre o franqueador e o franqueado leva à existência de um desequilíbrio contratual, sendo assim, fica claro que a existência do equilíbrio contratual é essencial para a manutenção de uma relação contratual justa e coerente, de modo que o contrato não pode ser instrumento de proteção a uma das partes contratantes em detrimento da outra.

Destaca-se que a Lei de Liberdade Econômica representa, de fato, um avanço para o desenvolvimento da matéria dos contratos empresariais, especialmente diante da positivação de tal tipologia, já largamente reconhecida em doutrina e jurisprudência. Do ponto de vista da tutela do equilíbrio contratual nos negócios firmados entre empresários, aparentemente as modificações pouco contribuem, de fato, para a solução de problemas nesse âmbito e, por vezes, a técnica legislativa falhou na regulamentação da matéria.

#### 4.2 A arbitragem na franquia de adesão e o direito do acesso à justiça

No âmbito do contrato de franquia por adesão, ou seja, quando a relação contratual não resulta do livre debate entre as partes, mas sim provém do fato onde o franqueado aceita tacitamente as cláusulas e condições estabelecidas pela franqueadora, fica visível um grande óbice em se tratando da referida cláusula de arbitragem, tendo em vista que ostensivamente afasta a atuação do Poder Judiciário Estatal para eventual e futura resolução de litígios decorrentes daquele contrato.

Isto porque ao firmar o compromisso arbitral, os contratantes não poderão fugir da aplicação, caso venha ser necessária em momento futuro, em função da conhecida construção do princípio *pacta sunt servanda*, no entanto, conforme já destacado, tal obrigação priva os contratantes de buscarem o Judiciário Estatal, para a solução do conflito decorrente da relação contratual.

O direito do acesso à justiça encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, conforme pode-se observar abaixo:

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;

[...] (BRASIL, 1988 [s.p.]).

Ou seja, o direito de acesso à justiça, também conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição, é um direito fundamental que garante aos cidadãos brasileiros o acesso ao Poder Judiciário e à Justiça, com a consequente atuação irrestrita do Estado.

Tal direito possui como objetivo manter o equilíbrio entre as garantias processuais e constitucionais, e a efetividade da jurisdição. A atual Constituição Federal ampliou a sua aplicação de forma a abranger não só apenas a via repressiva, ou seja, no momento em que existe a violação do direito, mas também a preventiva quando ocorre a ameaça ao direito.

Destaque-se que a garantia constitucional do acesso à justiça encontra-se intimamente relacionada com os demais princípios constitucionais, tais como, o da igualdade, haja vista que o acesso à justiça não é condicionado a nenhuma característica pessoal ou social, sendo portanto uma garantia ampla, geral e irrestrita. O acesso à justiça pode ser alcançado tanto pelo Poder Judiciário Estatal, como por meios alternativos, tais como a arbitragem, conciliação, mediação e negociação.

É mister elucidar o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi sobre o tema, diante de uma situação específica, relacionada aos contratos de franquia, conforme pode-se vislumbrar abaixo:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL E DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CONTRATO DE FRANQUIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INVALIDADE. CONTRATO DE ADESÃO. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96.

1. Ação ajuizada em 22/5/2017. Recurso especial interposto em 28/5/2018. Autos conclusos ao Gabinete em 11/2/2019.

2. O propósito recursal é definir se é válida a cláusula compromissória prevista no contrato de franquia entabulado entre as partes.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões deduzidas pelas partes, não há que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional, ainda que o resultado do julgamento contrarie os interesses dos recorrentes.

4. Segundo entendimento do STJ, cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral 'patológico', i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula.

5. Os contratos de franquia, mesmo não consubstanciando relação de consumo, devem observar o que prescreve o art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, na medida em que possuem natureza de contrato de adesão. Precedentes.

6. Hipótese concreta em que à cláusula compromissória integrante do pacto firmado entre as partes não foi conferido o devido destaque, em negrito, tal qual exige a norma em análise; tampouco houve aposição de assinatura ou de visto específico para ela. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(STJ, Recurso Especial nº 1803752/SP, 2019 [s.p.]).

Destaque-se que a Ministra Nancy Andrighi também proferiu a decisão de Recurso Especial diverso, porém no mesmo sentido da jurisprudência acima exposta, trata-se do REsp nº 1602076 SP 2016/0134010-1, com data de julgamento correspondente ao dia 15/09/2016.

A partir do que acima encontra-se exposto é possível afirmar que a Ministra declarou nula a cláusula compromissória no contrato de franquia por adesão, por ser uma disposição violadora de direitos. A fundamentação da decisão encontra-se relacionada com os requisitos para validade da referida Cláusula, uma vez que de acordo com o artigo 4º § 2º da Lei de Arbitragem, em contratos de adesão, a cláusula compromissória terá eficácia exclusivamente se o franqueado tomar a decisão de estabelecer o compromisso decorrente da cláusula arbitral, ou ainda, aceitar expressamente, ou seja, mediante manifestação por escrito com a respectiva decisão, contato que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto específico para a referida cláusula.

A partir da relação contratual alvo da decisão da ministra, percebe-se que em grande número dos contratos de franquia firmados, as partes franqueadoras, ou seja, responsáveis pela elaboração dos contratos, não atendem ao requisito essencial acima disposto. Isto decorre pelo fato de que os franqueadores, de certo modo, optam por não dar a atenção necessária à referida cláusula, com o objetivo de não chamar a atenção do franqueado, em razão da renúncia de direitos que deriva o aceite.

Nota-se então a inaplicabilidade do princípio da boa-fé, que presume e determina que as partes devem agir com lealdade e retidão ao logo da relação contratual. Destaque-se que a violação ao princípio da boa-fé caracteriza

inadimplemento contratual, cuja responsabilidade deve ser aferida de maneira objetiva.

Apesar de ser considerado extremamente importante para o estabelecimento de uma relação contratual, o princípio do *pacta sunt servanda*, que determina que os contratos devem ser cumpridos, deve também ser compatibilizado com os princípios da boa-fé e função social do contrato, bem como ser relativizado de acordo com eventuais abusividades que possam surgir ao logo da relação contratual.

Outra questão prejudicial sobre a cláusula arbitral em contratos de adesão, além do fato que a sua disposição não é elaborada por ambas partes, em grande parte dos compromissos estabelecidos, a escolha dos árbitros, ou seja, do tribunal arbitral que irá julgar o conflito, fica à escolha exclusiva da franqueadora, desse modo, fica clara a violação da autonomia do franqueado. Sendo assim, não se pode falar em compatibilização de direitos entre as partes, uma vez que o franqueado encontra-se em uma posição vulnerável e subordinada, em relação ao franqueador.

Além da vulnerabilidade ser identificada por meio da evidente subordinação do franqueado com relação ao franqueador, tal prejudicialidade também é claramente comprovada por meio da situação de hipossuficiência também do franqueado com relação ao franqueador, tendo em vista que faticamente o franqueador tem poderio econômico muito maior.

Diante disso, resta demonstrada uma renúncia antecipada de direitos pelo franqueado, que encontra-se prejudicado, em situação de desvantagem, vez que a cláusula de arbitragem é imposta à relação, até mesmo sem saber se de fato será necessária.

#### 4.3 A cláusula arbitral na franquia negociada mitiga o acesso à Justiça?

Quando há a negociação entre as partes, ou seja, quando se identifica uma concordância bilateral de todas as cláusulas que foram analisadas e discutidas por ambas, tanto o franqueador, quanto o franqueado se encontram diante de uma situação onde não se encaixa, de certo modo, a existência de abusividade, em razão de ser um contrato paritário.

Destaque-se que os contratos negociados podem ser considerados tanto elaborados por ambas partes contratantes, quanto apenas passíveis de modificação,

quando alguma das partes, no caso o franqueador, permite a flexibilização para negociação de determinadas cláusulas integrantes do contrato base.

No entanto, permanece a lacuna se a garantia constitucional do acesso à justiça pode ser ferida, em razão da prevalência da cláusula de arbitragem constante no contrato de franquia por adesão, e até mesmo no de negociação.

Tal lacuna surge a partir da identificação da restrição do acesso à justiça em razão da cláusula compromissória, tendo em vista que a partir do momento que as partes firmam o compromisso, se encontram obrigadas a cumprir. Ocorre que tal obrigação leva à limitação do direito de acesso à justiça

Conforme já destacado anteriormente, o direito do acesso à justiça deve ser irrestrito e amplo, não podendo haver limitações, e a partir do momento que as partes contratam-se, seja no contrato de adesão, onde as cláusulas são impostas, ou até mesmo no de negociação, limitações são impostas ao acesso à justiça, uma vez que de acordo com os moldes estabelecidos, só poderá ser obtido por meio da arbitragem.

Desse modo, identifica-se uma abusividade de forma indireta ao acesso à justiça, tendo em vista que a arbitragem não deixa de ser um meio de acesso, no entanto, outros meios passam a ser inalcançados. Diante disso, é possível afirmar que nenhum cidadão brasileiro pode se encontrar diante de um direito fundamental limitado.

O direito constitucional do acesso à justiça, além de ser uma garantia constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, é considerado também como uma garantia dos direitos humanos, tendo em vista que é um direito essencial básico, que garante a efetividade de toda e qualquer norma, neste sentido, fica clara a ideia de que o acesso à justiça é o instrumento fundamental para a verdadeira efetivação dos direitos, pois de nada adianta os ter se não poder reivindicá-los.

Desse modo, permanece a objeção sobre a existência de eventual inconstitucionalidade no artigo 7º da Lei de Arbitragem, onde permite-se a conversão forçada da cláusula compromissória na obrigação, sendo assim, o Juízo arbitral deriva da renunciabilidade do exercício do direito de acesso à justiça.

Sendo assim, em havendo inconstitucionalidade da imposição da cláusula de arbitragem no contrato de franquia por adesão, não se pode haver a revogação do direito constitucional do acesso à justiça, pois tal revogação leva à consequente limitação do acesso à justiça.

Apesar do advento da Lei das Liberdades econômicas trazer a prevalência no direito empresarial do princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, tendo em vista possível inconstitucionalidade da imposição da cláusula de arbitragem no contrato de franquia por adesão, e até mesmo a limitação do direito de acesso à justiça, independente da forma contratual, não se pode haver a abdicação do referido direito constitucional.

Neste sentido, torna-se essencial trazer o posicionamento do Ministro Luiz Fux, disposto na decisão relacionada ao julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1.082.240/PE:

Demais disso, a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a verificação de ofensa aos princípios da legalidade, do livre acesso à justiça, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, quando dependente do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revela ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária. (STF, Recurso Extraordinário com Agravo 1.082.240/PE, 2015 [s.p.]).

Diante disso, resta claro que a ofensa ora comprovada em razão da limitação do direito do acesso à justiça, seja na forma de contrato de franquia por adesão, ou negociação, ofende diretamente a Constituição Federal.

Destaque-se que a forma de resolução de conflitos, objetivando uma modalidade mais justa e compatível com o conflito derivado da relação contratual, deveria ser escolhida em momento posterior ao surgimento, e não no momento da contratação, pois ninguém firma relação contratual prevendo o surgimento de um conflito específico.

Outra questão importante, sobre a escolha da forma de resolução e a imprevisibilidade de existência de conflitos é que quando se busca o poder judiciário estatal tem-se um norte sobre o caminho que o litígio irá percorrer, tendo em vista a existência de jurisprudências que norteiam a decisão dos juízes, desembargadores e ministros. Diferentemente ocorre quando da imposição da arbitragem, tendo em vista que as Câmaras Arbitrais funcionam sob sigilo.

Diante da análise realizada, em razão da Liberdade Econômica e à luz dos princípios constitucionais fica evidente que o direito do acesso à justiça é violado, em se tratando da existência da cláusula compromissória de arbitragem, tanto no contrato de franquia por adesão, quanto no contrato negociado, levando à inconstitucionalidade da referida cláusula.

O acesso amplo e irrestrito à justiça é essencial para a materialização do Estado Democrático de Direito, para a cidadania e engloba o saber dos seus direitos, deveres, dos valores indelévels a ser preservado em qualquer sociedade humana, sem o que, não há, senhores, Estado, Nação ou pátria.

Desse modo, conclui-se que o acesso à justiça serve para garantir a isonomia das partes, ou seja, que todos sejam efetivamente iguais perante a lei e o princípio básico do Estado de Direito, que consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.

## 5 CONCLUSÃO

Influenciada pelo momento histórico em que se passa – minimização da intervenção estatal nas relações privadas – o presente estudo buscou analisar a cláusula de arbitragem inserida em contratos de franquia, à luz da liberdade econômica e princípios constitucionais, de modo a verificar a possível existência de limitação ao direito constitucional do acesso à justiça.

Foi analisado o sistema dos contratos de franquia a partir de um viés histórico, e posteriormente de acordo com a atualidade, e modalidades do contrato de franquia. Observou-se que o instrumento contratual em análise pode se apresentar sob duas formas, por adesão, quando o franqueador estabelece todas as cláusulas e condições relacionadas ao contrato, ou ainda por negociação, quando ambas partes, franqueador e franqueado, estabelecem conjuntamente todo o teor do contrato a ser firmado entre as partes.

Passou-se, de forma breve, a verificar o instituto da arbitragem, também a partir da sua historicidade, e seguidamente analisando a sua aplicação e funcionamento de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Foi possível constatar que a arbitragem é um meio alternativo de acesso à justiça extremamente relevante, além de que vem ganhando destaque na atualidade, em razão dos seus principais pontos positivos, quais sejam: promover a resolução de conflitos de modo eficiente, célere e consensual entre as partes.

Ressalta-se que, no âmbito da aplicação e funcionamento do instituto da arbitragem no Brasil, foi possível constatar a necessidade de diversos requisitos para a sua utilização, bem como, a Lei de Arbitragem estabelece um rito procedimental que deve ser seguido à risca.

Partindo do estudo desses tópicos, foi possível iniciar a análise do direito constitucional do acesso à justiça, disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. Desta forma, estudou-se o referido direito em um paralelo com princípios constitucionais, e de acordo com as formas de contrato de franquia por adesão e negociação.

Dentre os princípios analisados encontram-se o da liberdade, autonomia de vontade, boa-fé e *pacta sunt servanda*, uma vez que são extremamente necessários para obter a conclusão sobre a abusividade do direito constitucional do acesso à justiça, também conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Com o aprofundamento desses conceitos, o estudo demonstrou que, embora o compromisso arbitral não seja ilegal, haja vista que existe previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro que dá suporte para essa utilização, tal compromisso, de acordo com a análise com base nos princípios constitucionais, leva à limitação do direito do acesso à justiça e à renúncia antecipada de direitos, por parte do franqueado.

Ocorre que o direito do acesso à justiça é um direito constitucional, e em consequência disso, deve ser amplo e irrestrito, não podendo haver qualquer limitação.

É certo que a resolução de conflitos por vias arbitrais não viola o acesso à justiça, tendo em vista que também é um meio de acesso à tal direito. No entanto, a partir do momento que o compromisso arbitral limita as partes a buscar especificamente através de meios arbitrais a resolução de conflitos decorrentes de uma relação contratual, limita também o direito do acesso à justiça, tendo em vista que as partes não podem buscar outros meios, como o da justiça estatal, para obter a resolução do conflito.

Destaque-se que além da limitação do direito do acesso à justiça, é evidente que em se tratando de contratos de franquia, o franqueado sempre estará em posição vulnerável com relação ao franqueador, tendo em vista que este último sempre será uma pessoa jurídica, já estabilizada no mercado, e por muitas vezes parte de grandes grupos empresariais, já o franqueado é a pessoa física ou jurídica, normalmente física, que adquire a um sistema de franquia principalmente em razão de sua estabilidade no mercado.

Assim, foi concluído que a hipótese inicial para solução do problema proposto pela pesquisa – qual seja, que a renúncia antecipada de direitos geraria a nulidade da cláusula, tendo em vista a possível inconstitucionalidade, em razão da violação do direito fundamental do acesso à justiça – restou parcialmente comprovada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Rio de Janeiro, RJ: Imperador, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível Em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.955**, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências (Revogado pela Lei nº 13.966, de 2019). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível Em: [http://www.planalto.gov.br/Mensagem%20de%20veto%20ccivil\\_03/leis/l8955.htm](http://www.planalto.gov.br/Mensagem%20de%20veto%20ccivil_03/leis/l8955.htm). Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível Em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.129**, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível Em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#:~:text=Institu%C3%ADda%20a%20arbitragem%2C%20caber%C3%A1%20aos,ser%C3%A1%20requerida%20diretamente%20aos%20%C3%A1rbitros.%E2%80%9D](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#:~:text=Institu%C3%ADda%20a%20arbitragem%2C%20caber%C3%A1%20aos,ser%C3%A1%20requerida%20diretamente%20aos%20%C3%A1rbitros.%E2%80%9D). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874**, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível Em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.966**, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível Em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário com Agravo 1.082.240/PE**. Tributário e Processual Civil. Repetição de indébito. Contribuição previdenciária. RGPS. Duas ou mais atividades remuneradas. Teto do salário de contribuição. Prévio requerimento administrativo. Interesse de agir. Ausência de prequestionamento. Incidência das súmulas 282 e 356 do stf. Princípios da legalidade, do livre acesso à justiça, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais. Reexame prévio de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à constituição. Inaplicabilidade do tema 350. Precedentes. Agravo interposto sob a égide do código de processo civil de 2015. Majoração dos honorários de sucumbência. Artigo 85, § 11, do cpc/2015. Agravo desprovido. Recorrente: União. Recorrido: Jamerson Feitoza Pires. Relator: Min. Luiz Fux, 20 de outubro de 2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RECURSO%20EXTRAORDIN%C3%81RIO%20COM%20AGRAVO%201.082.240&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RECURSO%20EXTRAORDIN%C3%81RIO%20COM%20AGRAVO%201.082.240&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1602076/SP**. 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. Recorrente: Odontologia Noroeste LTDA. Recorrido: GOU - Grupo Odontologico Unificado Franchising LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862923670/recurso-especial-resp-1602076-sp-2016-0134010-1/inteiro-teor-862923677?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1803752/SP**. Ação de revisão contratual e de indenização por perdas e danos. Contrato de franquia. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Competência do juízo estatal. Cláusula compromissória. Invalidade. Contrato de adesão. Inobservância dos requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. Recorrentes: Brumaria Comércio de Bolos e Confeitos EIRELI, Vanessa Machado Soares de Freitas e André Lopes Martins. Recorrido: Vo, quero bolo ! Franchising LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/856381619/recurso-especial-resp-1803752-sp-2019-0022689-8/inteiro-teor-856381628>. Acesso em: 23 nov. 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil no Terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96. In: PUCCI, Adriana. (Coord). **Aspectos Atuais da Lei de Arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. V. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARDEGAN, Herick. **Arbitragem & o Direito Empresarial**. 2. ed. Curitiba: Jorua, 2020.

MARTINS, Pedro A et al. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **O contrato franquia (Franchising): Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime**. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 9789724015217.

STRENGER, Guilherme. **Do juízo arbitral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1986. v. 607.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTR, 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *In*: GARCEZ, José Maria Rossini. (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.