

PUCCOGEAE – SÃO PAULO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

ARIANE VAZ ROSA LUPINARI

CONTRATO DE FRAQUIA: VANTAGENS DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM

SÃO PAULO

2019

ARIANE VAZ ROSA LUPINARI

CONTRATO DE FRANQUIA: VANTAGENS DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM

Artigo Científico apresentado ao Programa de Educação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Contratual, sob orientação da Professora Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim.

SÃO PAULO

2019

CONTRATO DE FRANQUIA: VANTAGENS DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM

ARIANE VAZ ROSA LUPINARI

Trabalho de Conclusão, apresentado ao Curso de Especialização em Direito Contratual da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC COGEAE, como parte dos requisitos para a Conclusão do curso de especialização.

Orientador: _____

Luciana Chiavolloni Jardim

Examinador: _____

Examinador: _____

SÃO PAULO

2019

RESUMO

Trata-se de pesquisa acerca do contrato de franquia, analisando a importância e a aplicação da cláusula de arbitragem nos contratos celebrados entre franqueador e franqueado, com o propósito de identificar as sensibilidades e as situações que ensejam conflitos nas relações entre franqueador e franqueado e ainda mencionar o entendimento dos Tribunais sobre o tema.

PALAVRAS CHAVE: Contrato de Franquia. Clausula arbitral. Clausula compromissória.

ABSTRACT

It is a consultation on the franchise agreement, analyzing the pertinence of an arbitration clause in the contracts concluded between franchisors and franchisees, in order to identify the sensitivities and situations that conflict between the franchisor and the franchisee the understanding of the Courts on the subject.

PALAVRAS CHAVE: Franchise Agreement. Arbitration clause. Mediation

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI DE FRANQUIAS.....	8
2.1 AUTONOMIA DAS PARTES.....	9
2.2 BOA-FÉ NOS CONTRATOS.....	9
2.3 EQUILIBRIO NOS CONTRATOS.....	10
3. CLAUSULAS ESSENCIAIS NOS CONTRATOS DE FRANQUIA.....	11
3.1 DEPENDENCIA ECONÔMICA.....	11
3.2 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	14
3.3 QUALIFICAÇÃO DE DESEQUILIBRIO.....	17
3.4 DESAFIOS NA INTERPRETAÇÃO DAS CLAUSULAS CONTRATUAIS.....	18
4. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	24
4.1 VANTAGENS DA ARBITRAGEM	
5. CONCLUSÃO.....	25
6. BIBLIOGRAFIA.....	26

1. INTRODUÇÃO

De que se tem notícia, a origem do vocábulo contrato tem início no vínculo jurídico estabelecido junto à vontade do indivíduo de atingir um fim específico. A doutrina é unânime em apontar o quão antigo é o conceito de contrato, o qual teve seu nascedouro à medida que as pessoas passaram a se relacionar e a conviver em sociedade.

O aspecto atual do instituto dos contratos vem sendo trabalhado desde os primórdios romanos, onde este instrumento era tido apenas como ferramenta que criava obrigações e mas não as modificava ou extinguiu.

Atualmente, com as recentes inovações legislativas, temos que o contrato é ato jurídico bilateral que depende de pelo menos duas declarações de vontade, podendo ser o seu objeto a criação, alteração ou a extinção de direitos e deveres de um conteúdo patrimonial.

O Código Civil de 2002 não traz em suas disposições o conceito de contrato, em que pese o Código vigente trazer em suas disposições princípios que facilitam o trabalho do jurista na aplicação da norma, pela menção expressa a conceitos jurídicos, constituindo esse um dos princípios do atual Código Civil, ao lado da eticidade e da socialidade. Nesse sentido o ilustre Doutrinador Flavio Tartuce ¹dispõe ser um contrassenso, pois a medida que o Código Civil de 2002 conceitua as figuras contratuais em espécie, não diz o que é contrato.

Assim, considerando a brecha dada pela lei ao não conceituar o instituto dos contratos, muitos doutrinadores se empenharam em tal definição, entre os mais tradicionais conceitos estão do Ilustre jurista Orlando Gomes ²o qual definiu o contrato como sendo “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regulam”.

Álvaro Villaça Azevedo³, conceitua contrato como “manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial”. Seguindo a mesma linha, Maria Helena Diniz ⁴ensina que “o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.

¹ Tartuce. Flávio, Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, Revista atualizada e ampliada, 14ª edição, p. 10

² SANTOS. Orlando Gomes, Contratos, editora Forense, 26ª ED., p.10

³ AZEVEDO. Álvaro Villaça, Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos, editora Atlas, 3ª edição, p.21

⁴ DINIZ. Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, editora Saraiva, 28ª edição, p.25

Quando tratamos do contrato de franquia dizemos que este é o acordo por meio do qual o detentor de propriedade intelectual dá concessão a uma empresa para produzir e comercializar, diretamente ao público, determinados produtos de marca já consagrada e vulgarizada. Pode ainda ser entendido como um método de distribuição de produtos e/ou serviços consistente na parceria entre uma empresa mais experiente, que transfere a outra menos experiente, no qual a primeira transfere a última a experiência ou competência por ela desenvolvida, no que se refere à produção e distribuição de produtos.

Ao analisar o assunto sob o viés jurídico, vemos que a franquia é geralmente um complexo de contratos, sendo um principal e os demais acessórios. A incidência desse contrato é principalmente na área propriamente comercial, na distribuição de produtos, procurando fazê-lo chegar mais direta e rapidamente às mãos do consumidor.

2. Considerações acerca da Lei de Franquias

2.1 Lei de Franquias

Conhecida como a Lei do Franchising, a Lei n.º 8.955/94, foi aprovada em dezembro de 1994 com o intuito de aumentar a transparência no relacionamento entre franqueadoras e seus candidatos à Franquia.

Logo no artigo 2º encontramos a definição de franquia empresarial nos seguintes termos:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Referida norma ainda serviu para trazer maior clareza nas relações entre franqueado e franqueador. Um dos instrumentos utilizados para dar maior clareza nessa relação foi o instrumento conhecido como Circular de Oferta, onde o franqueador tem por obrigação fornecer ao franqueado todas as informações operacionais de seu negócio, tais como estrutura da franquia, sua composição societária, financeira, direito sobre marcas e patentes, taxas a serem pagas por cada produto, devendo tais informações estar em linguagem clara e acessível.

O artigo 4º da Lei de Franquias dispõe que a Circular Oferta de Franquia deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou

pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

2.2 Autonomia das partes

O desenvolvimento do sistema capitalista, mormente nos séculos XVIII e XIX trouxe novos modelos, e com eles vieram novas concepções intelectuais que transformaram sobremaneira o direito, particularmente o direito civil.

O poder das terras convivía gradativamente com o crescente poder dos possuidores de dinheiro. As origens, a ancestralidade, as tradições de sangue deixavam de ser tão valoradas sendo substituídas pela força dos burgueses. O Liberalismo buscava refletir a liberdade formal, da segurança e garantir as relações privadas. A civilização ocidental baseada em um regime institucional, característico de sociedades de base ou militarmente estruturadas, se transformava para fundar-se em uma sociedade contratual, de cunho industrial.

2.3 Boa-fé nos contratos

Antigamente, a boa-fé somente se relacionava com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios. Nesse ponto era conceituada como boa-fé subjetiva, eis que mantinha, relação direta com a pessoa que ignorava um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio.

Entretanto, desde os primórdios do direito romano, já se cogitava outra boa-fé, aquela direcionada a conduta das partes, principalmente nas relações negociais e contratuais. Com o surgimento do jusnaturalismo, a boa-fé ganhou no direito comparado, uma nova faceta, relacionada com a conduta dos negociantes e denominada de boa-fé objetiva.

O Código Civil Brasileiro atual adota o conceito de boa-fé trazido no Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a

necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Há também que ser destacado que o princípio da boa-fé foi prevista pelo Novo Código de Processo Civil, nos termos do seu artigo 5º que dispõe que aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Devemos ainda destacar a vedação trazida pelo Novo Código de Processo Civil das decisões-surpresa pelos julgadores, pois o artigo 10 enuncia que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado a parte oportunidade de manifestação, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Quando analisamos o Código Civil de 2002 entendemos que ele nos apresenta funções importantes da boa-fé objetiva.

A primeira delas é a função de interpretação do negócio jurídico, conforme consta do art. 13 do atual Código Civil, pelo qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

A segunda função da boa-fé objetiva é denominada função de controle, conforme artigo 187 do Código Civil, segundo o qual aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito.

A terceira função da boa-fé objetiva é a função de integração do contrato, conforme artigo 422 do Código Civil, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

2.4 Equilíbrio nos Contratos

A lei que regulamenta o franchising no Brasil, apesar de sucinta, é de uma clareza incomum em nossos textos legais. Qualquer interessado em se tornar franqueado pode procurar a Lei n.º 8.955/94 e, pela simples leitura do texto, já terá a exata noção de que deverá ter acesso previamente a assinatura de qualquer contrato com a franqueadora.

Referido texto, determina que a franqueadora preste ao candidato à franquia uma série de informações sobre o seu negócio. Assim todo aquele que deseja expandir suas atividades de uma rede de franquia, deve observar atentamente o que dispõe a lei.

Na Circular de Oferta de Franquia, devem estar as principais informações sobre o negócio desenvolvido pela franqueadora, a sua estrutura societária, o investimento inicial para

montagem da unidade franqueada, as taxas e valores periódicos, que em regra são despendidos na operação, a relação dos fornecedores da rede, o nome e contrato dos seus franqueados, a relação daqueles que se desligaram da rede nos últimos 12 (doze) meses, os balanços e demonstrações financeiras, bem como as minutas dos contratos que serão celebrados entre as partes.

3. Clausulas essenciais nos contratos de franquia

No que tange a Lei n.º 8.955/94, importa esclarecer que esta lei se presta a regular a Circular de Oferta de Franquia, estabelecendo assim, normas básicas, se suma importância ao instrumento contratual.

A Associação Brasileira de Franchising, criada em 1987 no Brasil, é uma entidade que se dedica a implantação das franquias no Brasil. É formada por pelos franqueadores, franqueados, fornecedores de instalações ou suprimentos de franquia, com objetivo de implantar a franquia, divulga-la e promover seu desenvolvimento.

Em que pese a Associação Brasileira de franchising não ser um órgão público, disciplinou através deste Código de Autorregulação, um conjunto de normas a serem seguidos pelos franqueados.

Considerando a normativa emitida pela Associação Brasileira de Franchising, entendemos como cláusulas fundamentais do contrato, que disponham acerca: (i) do objeto da Franquia; (ii) território de atuação do franqueado; (iii) obrigações pecuniárias das partes; (iv) prazo de concessão da franquia; (v) direitos e obrigações do franqueado; (vi) direitos de propriedade intelectual; (vii) dever de confidencialidade e não concorrência; (viii) hipóteses e consequências da cessão ou transferência de franquia.

O objeto do contrato de franquia nada mais é do que a descrição daquilo que está entabulado por meio daquele instrumento. Via de regra, estabelece quais os tipos de licenças que o franqueador está concedendo, o que elas contemplam como, por exemplo, autorizações para exploração de marcas, nome do franqueador, logotipos, manuais de operações, técnicas de trabalho, desenhos, uniformes de funcionários e demais elementos de propriedade intelectual pertencentes à franquia.

3.2 Dependência Econômica

A dependência econômica é caracterizada quando um agente deve sujeitar-se a outro que lhe impõe condições para que aquele possa sobreviver no mercado. O abuso da dependência

econômica é diferente do abuso da posição dominante *strictu sensu*. Nele, o agente preponderante não tem o poder de influenciar preços ou a concorrência, mas tão somente, poder sobre os parceiros. Ou seja, ela implica na exploração oportunista da sujeição do parceiro comercial e influencia a condição de independência e indiferença sobre a contraparte e não sobre o mercado. Não cria atuação desleal em mercado relevante que deve ser tutelado pelo direito concorrencial. A origem da disparidade entre as empresas contratantes pode ser identificada nas seguintes causas: (i) no poder relacional, (ii) no poder de compra; (iii) na dependência de marca famosa e (iv) no período de crise.

O poder relacional talvez seja o elemento mais importante na caracterização da dependência econômica. Decorre de contrato de longo prazo com investimentos específicos realizados por uma parte para executá-lo.

O poder de compra ocorre quando um fornecedor encontra-se em relação de sujeição econômica diante do seu distribuidor, que tem alto poder de absorção da produção fabricada por aquele. É o caso das grandes redes de varejo, que impõe, condições contratuais aos pequenos fornecedores.

A dependência de marca famosa ocorre quando o empresário necessita comercializar produtos conhecidos do público para se manter no mercado. A possibilidade de substituição dos bens é baixa ou inexistente devido à suas características específicas, como, por exemplo, qualidade, à difusão da marca no mercado, especificidade, etc.

Durante o período de acentuadas crises, o fornecedor pode necessitar do distribuidor para absorver sua produção assim como a crise pode fazer com que o distribuidor precise do fornecedor para abastecer seu negócio, diante da ausência de alternativas disponíveis no mercado.

É irrelevante se o agente econômico submisso é economicamente “maior” ou “menor” que o dominante, a origem da dependência econômica é relacional, ou seja, advém das características da própria relação.

Devemos pontuar os dois tipos de dependência econômica, a absoluta e a relativa. A primeira ocorre quando todos os agentes econômicos atuantes daquele mercado são interligados e dependentes entre si. Ela pode se dar por de três formas: pelo exercício do poder de mercado, pela limitação das informações ao agente e pelo controle de compatibilidade com a rede.

O exercício do poder no mercado é caracterizado como uma prática decorrente do poder econômico na qual o agente abusa de sua posição dominante ou pratica algum ato que objetive a denominação do mercado.

Já a limitação de informação do agente de mercado colabora decisivamente para o abuso da posição dominante. Ela ocorre principalmente na chamada “venda casada” em que o empresário subordina a venda de um bem ou serviço principal à aquisição de um secundário. O agente econômico subordinado não tem conhecimento suficiente para saber até que ponto há a necessidade de tal vinculação e da prestação para otimizar o bem ou serviço principal adquirido ou se aquilo é de fato um abuso praticado pelo vendedor.

O controle de compatibilidade com a rede é manipulado pelo agente que está em posição dominante e introduz no mercado um novo produto, com ou sem inovação tecnológica, entretanto, incompatível com produtos acessórios dos seus concorrentes e tão somente compatível com os acessórios.

Observamos a dependência econômica relativa quando um agente econômico, por meio de relações contratuais, se vincula com a empresa contratada, não havendo possibilidade de escolha. Ela se apresenta na forma de dependência conjuntural, dependência de sortimento e dependência empresarial.

A primeira forma de dependência econômica relativa é decorrente de um panorama mais amplo, normalmente de uma crise conjuntural em um determinado mercado que leva à escassez de certo produto. Assim, se um fornecedor se abastasse no mercado interno e esse está em crise, faltando o produto “A”, e outro empresário adquire o mesmo produto “A” do mercado internacional, tal fato leva a um poder econômico maior desse último. Embora o poder adquirido seja efêmero, ele pode levar aquele agente que tinha o mercado interno como fornecedor do produto “A”, a se subordinar ao mercado internacional e aos empresários que nele já negociavam.

A dependência de sortimento é aquela que se consolida quando o sucesso de um negócio depende principalmente da venda de certo produto, seja por sua marca, pela sua composição e/ou aceitação que não encontram substitutos no mercado. A dependência empresarial se edifica em contratos empresariais que criam relações duradouras entre as partes. A parte cria para si por meio da relação contratual uma dependência constante, faz investimentos específicos, adapta todo o seu negócio ao agente dominante. É facilmente identificada nos contratos de distribuição e fornecimento de longo prazo.

Tratando-se de franquia, é claro perceber como ela se amolda nos mais variados fatores descritos acima como causa da dependência econômica. Ela se identifica com a dependência econômica relativa, advinda de contrato, sendo própria e inerente à franchising. Mas, precisamente ela se amolda na dependência empresarial uma vez que o franqueado realiza investimentos específicos e adequa todo o seu negócio às normas impostas pelo franqueador.

Isso não exclui também a dependência de sortimento, pois, o franqueado depende principalmente da marca, já trabalhada pelo franqueador no mercado, como grande chefe da franquía.

3.3 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

O sistema consumerista brasileiro encontra suas bases fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal de 1998, que estabelece como direito fundamental a defesa dos direitos do consumidor. Além disso, a ordem econômica do nosso mercado, pautado pela livre iniciativa e concorrência, respeitados os princípios da defesa do consumidor, é determinada pelo artigo 170, inciso V da Carta Magna. Encontramos na Lei nº 8.078/90 as bases infraconstitucionais do Direito do Consumidor pátrio ao estabelecer o Código de Defesa do Consumidor.

A complexidade do Diploma se inicia já quando da análise dos sujeitos de direito dessa relação jurídica especial. O sujeito ativo, intitulado “consumidor”, é definido no próprio CDC em diversas oportunidades, como por exemplo, artigo 2º, caput e parágrafo único, artigo 17 e artigo 29. Tal definição leva em conta o aspecto transindividual, coletivo, e não apenas o individual.

Também encontramos a definição de “consumidor” em outros campos do saber, etimologicamente, a palavra “consumidor” deriva de *consumere*, no sentido de fazer desaparecer pelo uso ou pelo gasto, gastar, destruir, desfazer absorver.

No aspecto econômico, consumidor é aquele que pratica o ato pelo qual se contempla a etapa final do processo econômico. No campo filosófico, consumidor é aquele que pela venda de sua força de trabalho, obtém o rendimento que necessita para a reprodução de sua atividade material e espiritual.

Juridicamente é permitido dizer que existem dois grandes conceitos de consumidor: o objetivo e o subjetivo. No plano objetivo consumidor é aquele que retira o produto da economia, destruindo seu valor de troca. Leva em conta apenas o ato de consumo praticado, sendo irrelevante o agente quem o pratica.

O conceito subjetivo por sua vez, mais disseminado em países europeus, tem seu ponto central na figura do consumidor como aquele destinatário final do produto, ou seja, não basta o ato econômico de retirar o produto do ciclo comercial para o agente se caracterizar como consumidor o agente; somando-se a isso, ele deve ser o último utilizador daquele produto.

Essa concepção aproxima-se da Teoria Finalista preconizado que “as normas do CDC são destinadas tão apenas àqueles que adquirem ou utilizam um produto como destinatários finais, ou seja, para uso próprio ou de sua família (excluindo tão somente o uso profissional)”

(LIMA, 2006). Nesse sentido não podem ser considerados como consumidores pessoas jurídicas que tenham adquirido produtos como insumo, fator de produção.

Por essa razão, na exposta Teoria Finalista clássica, somente as pessoas físicas seriam consumidoras, pois, o sistema consumerista fora projetado para tutelar os vulneráveis, e não era admissível a ideia de uma pessoa jurídica ser vulnerável do ponto de vista técnico, jurídico e fático. Decorre daí uma grande dificuldade de caracterização e proteção das pequenas empresas. Por que uma pequena empresa que não possui expertise em diversos ramos, não possui profissionais dotados de extrema capacidade técnica é menos vulnerável que uma pessoa física e não é a ela possível aplicar as normas do CDC? A doutrina finalista clássica, valendo-se do conceito objetivo puro nos parece insuficiente e de difícil aplicação.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe um conceito diferente daqueles já expostos, alinhando-se à chamada Teoria Finalista Moderada. O artigo 2º do Diploma Consumerista brasileiro traz, *in verbis*:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Ou seja, adota o aspecto do destinatário final, desprezando aquele de caráter profissional, todavia, inclui as pessoas jurídicas, indo na contramão da Teoria Finalista Clássica ou Radical.

De acordo com a teoria aqui exposta, e aquela adotada pelo nosso CDC (embora de certa forma mitigada pela jurisprudência nacional), seria essencial a pessoa jurídica se enquadrar como consumidora se ela destinatária final do produto e se configurar com ente vulnerável.

O Superior Tribunal de Justiça em julgamento emblemático do REsp Nº 632.958 afirmou que não se aplicam as regras do CDC ao contrato de franquia, nos seguintes termos:

(...) não se ode ter como consumidor o franqueado, eis que sua situação, como acertadamente descrita no aresto fustigado, bem difere da conceituação contida nos artigos 2º e 3º do CDC, de modo algum enquadrando-se como destinatário final ou, mesmo, tendo-se a franquia, em si, como espécie de produto ou serviço. (...) O contrato de franquia é, pois, essencialmente, figura de comércio, celebrado por comerciantes para fornecimento de produtos e serviços para terceiros, estes, sim, os destinatários finais. E, em não sendo os franqueados autores destinatários finais, as disposições da lei consumerista não lhes pode ser aplicada.

No entanto, o Judiciário brasileiro enfrenta nos últimos anos diversas ações nas quais os Tribunais têm caracterizado o franqueado como hipossuficiente e a ele aplica as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

O julgamento do AI 59703610259 traz à baila a disposição do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, de consumidor por equiparação, estabelecendo que “equiparam-se os consumidores todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas nele previstas”. Pode-se pensar que muitos empresários estão sujeitos às práticas comerciais abusivas previstas no referido capítulo do Código de Defesa do Consumidor e como tal, se equiparam a consumidores.

Como na definição de consumidor estrito senso, aqui também temos as correntes Maximalista e Finalista. A primeira acredita que qualquer um sujeito às práticas comerciais abusivas se enquadra no conceito de consumidor por equiparação do artigo 29. Já os finalistas acreditam que além da sujeição a tais práticas o agente deve ser vulnerável, levam em conta toda a carga filosófica do CDC, para comente assim ser possível a equiparação proposta pelo artigo 29 do CDC. Já os finalistas acreditam que além da sujeição a tais práticas o agente deve ser vulnerável, levam em conta toda a carga filosófica do CDC, para somente assim ser possível a equiparação proposta pelo artigo 29 do CDC. Corrente essa dotada pelo Des. Antônio Jnyr no voto do agravo ante exposto.

Há na jurisprudência brasileira tendência à relativização da figura do consumidor e a aplicação do CDC a diversos outros tipos de contratos que não contratos tipicamente consumeristas. Os contratos interempresariais, aqueles realizados entre empresários, que visam exclusivamente à busca do lucro, têm, em situações concretas se sujeitado à aplicação do CDC pela atual jurisprudência brasileira. Para tanto, é utilizado o conceito trazido pelo artigo 29 do CDC sob a fundamentação dos finalistas. Assim, não é relevante se o sujeito é o destinatário final do produto, basta que ele seja vulnerável e sujeito a práticas comerciais abusivas.

No contrato de franquia não nos parece que o franqueado seja o destinatário final do produto. Porém, tal fato é irrelevante, residindo a questão somente sob o prisma de estar o empresário submetido às “práticas abusivas” e ser ele vulnerável ou não para a possível aplicação do CDC. É de difícil aferição e caracterização tal vulnerabilidade. Hoje dispomos de muitos meios, fontes de informações de diversas áreas que podem elucidar os futuros franqueados acerca do negócio que pretendem se embuir.

É inegável a existência da dependência econômica no contrato de franquia, e, essa, por si só, nada tem de ilícita. O abuso e manipulação da dependência econômica por parte do franqueador e em seu benefício é que deve ser combatido.

Ainda que seja caracterizado o franqueado como ente vulnerável no caso concreto, não pensamos ser a aplicação do CDC como a mais correta em vista do bom funcionamento do mercado.

Existem variados instrumentos que podem e devem tutelar tal relação, como expusemos há toda a base principiológica da Constituição e do Código Civil, a Lei Antitruste, dentre outros.

Seguimos o entendimento de FORGIONI, que adverte que os contratos interempresariais possuem lógica própria, diversa dos contratos civis. Não queremos de forma alguma sedimentar o abuso do poder por aqueles empresários que desfrutam de uma situação econômica avantajada (no presente, o franqueador), todavia, “o vínculo entre ambos estabelece-se em torno ou em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, premidas pela busca do lucro, não se deve subsumi-lo à lógica consumerista, sob pena de comprometimento do bom fluxo das relações econômicas.

Reconhecemos a existência da dependência econômica como inerente ao contrato de franquia, e o seu abuso deve ser tutelado. Porém, por se tratar de contrato interempresarial, e, com vistas a manter o bom fluxo das relações econômicas, conferir-lhes maior segurança jurídica, tal negócio deve sujeitar-se a tutela constitucional, civil, prescindindo da aplicação da lei especial consumerista, ainda que em casos específicos como a aplicação do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor.

3.4 Qualificação de Desequilíbrio

O contrato de franquia encerra interesses comuns e divergentes entre franqueador e franqueado. Nele o conflito e a aliança e a confiança e a desconfiança convivem simultaneamente. Franqueador e franqueado buscam objetivos comuns e diversos, uma vez que a maximização dos lucros de uma pode ser obtida em prejuízo à remuneração da contraparte.

Deve-se buscar harmonizar os interesses de modo a encontrar um ponto de equilíbrio entre as pretensões das partes. A referência do “ponto de equilíbrio” não significa encontrar o sinalagma contratual perfeito, em que as prestações encontram-se totalmente equivalente às contraprestações. No entanto, as prestações e contraprestações devem manter entre si um mínimo de proporção aceitável.

Embora o contrato de franquia seja um acordo no qual há essencialmente a figura da dependência econômica, não podemos tratar esse fato por si como indesejável. Caso a dependência econômica seja mantida nos termos contratados e conceda eficiência ao negócio jurídico, a ordem jurídica não deverá intervir.

O principal ponto de comum interesse entre franqueado e franqueador é a difusão junto ao mercado consumidor dos produtos, da marca, fornecidos pelo franqueador. Franqueado e franqueador mantém uma clientela comum, e o fortalecimento comercial de um conseqüentemente acarreta benefícios ao outro.

Todavia, trata-se de um contrato empresarial, e, o escopo de qualquer empresário é a maximização dos seus ganhos. A parte, ao celebrar um contrato, gostaria de vincular tão somente o outro contratante, e permanecer livre para deixar a relação a qualquer tempo, sem penalidade alguma, aproveitando a eventualidade de lhe ser apresentada uma melhor oportunidade de negócio. O agente econômico é naturalmente egoísta, se houver chance e principalmente, for economicamente vantajoso para ele, esse irá reorganizar-se independentemente da vontade do outro contratante, mesmo que para isso afronte a vontade e causa prejuízo a outrem.

3.5 Desafios na interpretação das cláusulas contratuais

Feitas as considerações acima, passemos a discutir a cláusula que será objeto de estudo, onde destacaremos a importância da interpretação das cláusulas contratuais e a importância do cuidado na redação das cláusulas contratuais.

Considerando a grande importância das cláusulas contratuais, que deve ser realizada atendendo aos interesses dos contratantes, avaliando-se o fim econômico perseguido pelos contratantes, nota-se também a importância das cláusulas serem redigidas de forma correta e mais clara possível, de forma a prever todas as situações as quais possam gerar conflitos entre as partes.

Assim, serão expostas algumas considerações sobre cláusulas já abordadas, com a indicação de aprimoramentos que podem ser inseridos, para que não haja dúvidas no momento da interpretação da cláusula.

A lei de franquia, como forma de proteger o segredo do negócio do franqueador, possibilitou a inclusão de uma cláusula de sigilo, confidencialidade e não concorrência, devendo o franqueador, informar a sua existência na Circular de Oferta de Franquia, isso porque para o prosseguimento do objeto da franquia, a franqueadora fornece aos seus franqueados informações sigilosas, porém de suma importância para a condução no negócio franqueado.

Quando falamos de cláusulas de sigilo, confidencialidade e não concorrência deve ser observado com extrema atenção a sua redação, para que não gere dúvidas ou ainda para que não seja considerada abusiva quando de sua interpretação.

Cumprir destacar que, a aplicação dessas cláusulas tem sua importância no fato de que é necessário atingir a função social do contrato, para que seja respeitada a boa-fé objetiva.

Afora a obrigação acima mencionada, é indispensável que o contrato contenha previsão de penalidades que serão aplicadas na hipótese de sua infração.

Não obstante, além de ser expressa, a cláusula não concorrência deve ser delimitada com razoabilidade, para que não haja violação ao princípio da livre iniciativa. Vale destacar que por razoabilidade entende-se uma delimitação de atividade, tempo e local.

Se a cláusula não tiver limitação, ela poderá ser considerada abusiva, podendo ser revista pelo judiciário.

Importante destacar que no que se refere a cláusulas que versem sobre prazo e condições de renovação é importante que ambas prevejam todas as regras que serão aplicadas ao final do contrato, afinal, a lei quedou-se inerte sobre este tema. Caso haja previsão contratual, as partes conseguirão se embasar, e saberão por exemplo, as condições para que a renovação do contrato ocorra.

Nesse sentido cabe trazer as explicações do Ilustre Doutrinador José Cretella Neto:⁵

No direito brasileiro, relativamente ao franchising, não estabelece a lei n.º 8.955/1994 qualquer prazo de duração, mínimo ou máximo. (...)

Portanto, no caso brasileiro, no que se refere ao franchising, ao examinar a questão do prazo contratual, deverá o juiz decidir por equidade, apreciando com rigor, para o caso submetido, diversos elementos, tais como as forças econômicas relativas entre franqueador e franqueado, os investimentos efetuados, as expectativas de ganho, o comportamento das partes na execução do contrato e as consequências, para cada qual, do rompimento do contrato. Aliás, o novo Código Civil estabeleceu regra específica para o caso de terem sido realizados investimentos consideráveis por uma das partes, dispondo que a denúncia unilateral somente produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos (art. 473, parágrafo único).

A justificativa para isso, é que a denúncia do contrato pode ameaçar a própria existência econômica do franqueado, impedindo-o de buscar outro negócio, em substituição ao que havia assumido.

⁵ CRETELLA NETO, José. Manual Jurídico do Franchising. São Paulo: Atlas, 2003, p.116

O franqueador também sofre perdas quando um franqueado abandona a rede, como: (a) a informação deverá constar da Circular de Oferta de Franquia, e será divulgada entre os próximos candidatos; (b) em caso de ser procurado por interessados em se tornarem franqueados, em geral o ex-franqueado não se refere elogiosamente à rede que abandonou, o que pode causar insegurança nos candidatos a franqueado; (c) terá diminuição de receitas, pois os royalties devidos pelo ex-franqueado da rede deixarão de ser pagos; e (d) correrá maior risco de ter os segredos do negócio revelados, apesar da existência de cláusula de confidencialidade no contrato.

Há ainda a cláusula arbitral, que também vem sendo aceita pela jurisprudência brasileira, uma vez que a discussão dos direitos e obrigações decorrentes do contrato de franquia não configuram direito indisponível, e, ainda, dificilmente se contata qualquer cerceamento de defesa e de hipossuficiência do franqueado que autorize a exclusão da eleição, e aplicação de outro foro.

O instituto da arbitragem, conforme preleciona a Lei nº 9.307/96, consiste em método de solução de conflitos, no qual os litigantes, desde que capazes e que lhes seja disponível o patrimônio, buscam solucionar suas pendências através de uma solução imposta por um terceiro, ficando antecipadamente obrigados a respeitar o resultado obtido.

Carreira Alvim afirma que, entre os diversos sistemas destinados à solução de conflitos, sendo o seu principal e mais prestigiado o jurisdicional estatal, no qual o Estado institui e administra os órgãos, “*viceja outro, em que o Estado, em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial.*”⁶

Joel Dias Figueira Júnior, comentando o instituto, afirma:

O novo regime da arbitragem é simplesmente mais um instrumento válido e colocado à disposição dos interessados para a solução de seus conflitos de natureza patrimonial disponível, ao lado de outras formas alternativas de composição, bem como da jurisdição estatal, que se realiza através da ponte imaginária que é o processo civil tradicional.

⁶ ALVIM, Carreira. Comentários à Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p.24

Assim como não existe no processo civil comum procedimento melhor ou pior, mas sim tutelas diferenciadas mais ou menos adequadas aos respectivos ritos diversificados, escolhidos pelo autor de acordo com o sistema posto no ordenamento jurídico positivado, não há que falar também de maneira absoluta em melhor ou pior forma de prestação da tutela jurisdicional para a solução dos nossos inúmeros conflitos qualificados por pretensões resistidas, isto é, se estatal ou paraestatal. Tudo dependerá, portanto, da natureza do conflito apresentado no caso concreto e da opção que as partes irão fazer, ESPONTANEAMENTE E EM COMUM ACORDO, a respeito da prestação da tutela pelo Estado-juiz ou pelo árbitro. Em outros termos, será a escolha (adequada ou inadequada) que norteará os resultados mais ou menos vantajosos decorrentes da opção.⁷

O autor acima referenciado, ainda continua afirmando que a arbitragem presta-se, particularmente, à solução de conflitos decorrentes das relações comerciais uma vez que se inserem mais facilmente no conceito de “direitos patrimoniais disponíveis” aludido no artigo 1º da Lei n.º 9.307/96, quando disciplina as pessoas e os litígios que podem ser objeto da arbitragem.⁸

Outrossim, J.E. Carreira Alvim, em seu Tratado Geral da Arbitragem, dispõe que a cláusula compromissória “é ato mediante o qual as partes convencionam remeter a árbitros o conhecimento de todas ou de algumas das questões que surjam, no futuro, entre elas, relativa a matérias ou assuntos que assinalam, subtraindo-as dos Tribunais de Jurisdição Ordinária.⁹

Isto posto, uma vez aceita a cláusula compromissória de soluções de conflitos pela via arbitral, não poderá a parte valer-se da via judicial para discutir o contrato que a estipula, sendo exatamente nesse sentido a orientação jurisprudencial, senão vejamos¹⁰

⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2ª ed., São Paulo: RT,1999, p.102.

⁸ Ob.cit., póg.144

⁹ ALVIM, J.E.Carreira. Tratado Geral da Arbitragem, Mandamentos. Belo Horizonte:2000 ,págs. 213/214

¹⁰ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ALEGAÇÃO DE RESCISÃO DO CONTRATO SEM JUSTA CAUSA. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO CONTRATO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. JUÍZO ARBITRAL.

Versa a presente demanda sobre cobrança de valores decorrentes da rescisão do contrato de representação comercial, além de discutir o próprio pacto.

Extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VII do CPC/2015. Aplicabilidade da Lei n.º 9.307/96 que regulamenta as questões relacionadas à arbitragem. O contrato firmado entre as partes estabelece cláusula compromissória que elege o Tribunal Arbitral de São Paulo para dirimir eventuais conflitos.

A questão que será discutida nesse trabalho é a aplicabilidade de cláusula arbitral inserida nos contratos de franquia.

A princípio, é possível afirmar que os bens regulados por um contrato de franquia são disponíveis, razão pela qual a arbitragem deveria ser admitida, uma vez que com a sua eleição haveria a renúncia a jurisdição estatal.

Ocorre, porém, que existe um grande questionamento acerca de uma eventual hipossuficiência do franqueado, e ainda, sobre a possibilidade da aplicabilidade da cláusula arbitral, ainda que o contrato venha a ser considerado como adesão.

Por esse motivo, é importante lembrar que o contrato de franquia deve ser firmado legitimamente pelas partes, que normalmente são pessoas com capacidade financeira semelhante, e com inteligência capaz de afastar por completo qualquer tipo de coerção ou coisa semelhante.

Mesmo porque, nos termos da Lei de Franquia, antes de firmar qualquer contrato de franquia, o candidato a franqueado deve receber uma Circular de Oferta de Franquia com todas as informações acerca do Sistema de franquia, e que contem a minuta do contrato de franquia, podendo assim decidir se tem ou no interesse em ingressar na rede franqueada ou realizar qualquer tipo de investimento.

O simples fato de o contrato de franquia envolver a cessão temporária de uso de marca e *know how* de uma empresa a outra não significa a hipossuficiência desta frente àquela e nem tampouco a necessidade de considerar a cláusula arbitral e de eleição de foro inválidas ou nulas. E não é só. Normalmente, não é possível constatar qualquer cerceamento de defesa e de hipossuficiência do franqueado que autorize a inaplicação das regras do Código de Processo Civil e/ou do foro de eleição.

Mas ainda que assim não fosse, ou seja, que fosse o contrato de franquia classificado como contrato de adesão e que ficasse configurada a hipossuficiência da franqueada entre a Franqueadora, nem assim seria o caso de ignorar a existência da cláusula arbitral firmada entre as partes ou considerá-la abusiva desde que houvesse cláusula arbitral destacada e assinada em separado ou de forma anexa, como prova da completa ciência e anuência do aderente.

Isso porque, nos termos do artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, ainda que o contrato em que foi firmada a cláusula compromissória arbitral seja considerado como de adesão, não se

pode reputar como nula a cláusula se a mesma tiver sido destacada e assinada em separado ou de forma anexa, como prova da completa ciência e anuência do aderente.

Outrossim, a hipossuficiência se e quando existente, não se presume, devendo ser demonstrada pela parte supostamente mais frágil. Sem isso, a cláusula arbitral não poderá ser ignorada pela parte.

A jurisprudência é mais do que pacífica nesse sentido, inclusive quando se trata de forma específica de contrato de franquia. Neste sentido, confira-se.¹¹

Importante sacramentar o entendimento de que a relação contratual de franquia não é e nem pode ser equiparada a uma relação de consumo, uma vez que o franqueado em momento algum é destinatário final dos produtos e serviços não havendo nenhum tipo de indício que os equipare. Neste sentido, entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça:¹²

A vista disso, não se deve falar em aplicação por analogia das disposições do Código de Defesa do Consumidor nas relações de franquia, considerando que não há por parte do franqueado a figura da vulnerabilidade. Ademais, considerando a Circular de Oferta de Franquia, nos termos exigidos pela Lei de Franquia e as obrigações dos envolvidos são pré-definidas e especificadas nesta mesma lei, então, jamais poderia haver desconsideração da cláusula Arbitral por conta disso, e ainda que houvesse ainda teríamos como proclamar a vigência das disposições do Código de Processo Civil.

11

ARBITRAGEM. Tutela de urgência em caráter antecedente. Deferimento parcial da medida de urgência fundada em contrato de franquia, medida já confirmada por esta Corte (AI ns. 2181801-19.2017.8.26.0000 e 2181792-57.2017.8.26.0000). Instrumento particular que contém cláusula compromissória. Invocação expressa de sua aplicação pela franqueadora. Validade da cláusula, inserida em contrato de natureza empresarial e com as formalidades exigidas pelo art. 4º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.307/1996.

Competência do juízo arbitral para manter, modificar ou revogar a tutela de urgência concedida, bem como para decidir sobre a extensão e validade da própria cláusula

Compromissória. Doutrina e jurisprudência. Agravante que, todavia, enquanto parte interessada, não instaurou ou requereu a instauração do procedimento arbitral dentro do artigo 22-A da Lei nº 9.307/1996. Perda da eficácia da tutela de urgência, porquanto concedida e efetivada (sem interrupções) em 15/08/2017. Agravo não conhecido (art. 932,II do CPC/2015), revogado o efeito suspensivo. Ação extinta, sem resolução do mérito (art. 485,VII do CPC/2015), prejudicada a tutela de urgência.

(TJ-SP 22287682520178260000, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento:26/02/2018, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação:26/02/2018)

¹² Contrato de fiança. Relação entre o franqueador e franqueado. Lei nº 8.955/94. Código de Defesa do Consumidor. Fiança. Exoneração.

1. A relação entre o franqueador e o franqueado não está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.

2. Afastando o acórdão a existência de moratória com base na realidade dos autos e em cláusula contratual, não há espaço para acolher a exoneração da fiança, a teor das Súmulas nºs 5 e 7 da Corte, ademais da falta de prequestionamento dos dispositivos indicados no especial.

3. Recurso especial não conhecido.

4. Cláusula Compromissória

Normalmente os contratos preveem cláusula de eleição de foro, podendo ainda estabelecer que possíveis divergências entre as empresas contratantes sejam resolvidas por arbitragem, indicando, ainda, a que órgão arbitral institucional entidade especializada perante os quais a arbitragem será instituída e processada.

Fala a cláusula compromissória de um potencial litígio; ele ainda não existe, mas poderá surgir a qualquer momento. Esse tipo de convenção antecede ao litígio, tendo, pois, um caráter preventivo. A solução de uma controvérsia ficou prevista pela cláusula compromissória, constando no próprio contrato sobre o qual passa a haver alguma dúvida futura. Esta cláusula deve ser estipulada por escrito, podendo ser inserta no próprio ou em documento apartado, que se refira a esse contrato. É de natureza contratual, pois é estabelecida por comum acordo e só se refere a um contrato. É mais uma razão para apoiar a ideia de que a arbitragem é aplicável marcadamente na área contratual. Não existe no direito brasileiro cláusula compromisso a não ser referente a um contrato e estabelecida ade forma contratual.

Nos contratos de adesão a lei brasileira buscou proteção quanto aos abusos que pudessem ser originários deste tipo de contrato. O contrato de adesão é elaborado por uma das partes, estabelecendo todas as cláusulas. A proposta deste tipo de contrato é apresentada pela parte elaboradora, de posição claramente forte e predominante, à outra parte, que se vê na posição de aceitar as cláusulas em bloco, ou não celebrará o contrato.

4.1 Vantagens da Arbitragem

Não requer muito esforço para se compreender que o atual modelo para solução de litígios nem sempre se mostra a melhor solução. Melita Novoa Prado ¹³destaca que “dá desanimo só de pensar em resolver um conflito entre franqueador e franqueado na Justiça comum. Serão oito ou dez anos de disputa, no qual um fala, o outro rebate, entram as provas, testemunhas, decisões, recursos e, no final, ninguém mais sabe onde o problema começou.”

Os novos modelos de solução de conflitos devem se prestar a atender às características essenciais para que a justiça se exerça com rapidez, sigilo, baixa contenciosidade e alta especialidade.

O sistema tradicional judiciário não atende a qualquer dessas exigências acima mencionadas, eliminando as seculares formas processuais. Há necessidade de falarmos sobre as vantagens da arbitragem, como forma alternativa de resolução de disputas.

¹³ PRADO, Melitha Novoa, Franchising na Real, p.129

A primeira delas é a agilidade na busca pela solução do problema. Nos dias atuais, não se mostra razoável uma empresa permanecer por longo tempo na dependência de soluções judiciais para continuar a exercer suas atividades. O tempo médio de uma solução de litígio na justiça comum pode chegar a dez anos, o que suspende o desenvolvimento das atividades empresariais.

Sobre este ponto dispõe o Ilustre Professor Sebastião José Roque ¹⁴que “a maioria das empresas brasileiras se encontra em esquisita e delicada situação quanto ao cumprimento de contratos. Se duas empresas têm problemas a resolver, referente a um contrato que celebraram, necessário se torna que tais problemas sejam resolvidos de forma justa, adequada e rápida. Caso contrário, o relacionamento entre elas estará detido ou tumultuado e o cumprimento do contrato ameaçado.”

5. Conclusão

O sistema de Franchising pode se beneficiar da Mediação e da Arbitragem em suas questões e deve se valer desses institutos sempre que possível. Há franqueadores que adotaram, há anos, os métodos alternativos em seus contratos e estão bastante satisfeitos com os resultados alcançados. Isso porque há diversas situações em que os juízes togados não têm compleição do caso e não entendem os meandros do sistema de franquias – ao contrário do arbitro, que é escolhido justamente por seu notório conhecimento.

A arbitragem tem a possibilidade de julgar de maneira muito mais justa e equilibrada, enquanto a Mediação numa etapa anterior, pode levar as partes a uma nova maneira de se relacionar. Não esquecendo que ambos os institutos são regidos pelo princípio de autonomia da vontade das partes.

Isso quer dizer que, devem estar previstos no Contrato de Franquia, como métodos de resolução de conflitos, sujeitos ao aceite de ambas as partes. Tudo isso é benéfico para o Sistema de Franchising.

6. Bibliografia

ROQUE, Sebastião José – Do Contrato de Franquia Empresarial – Editora Ícone 1ª Edição

PRADO, Melitha Novoa – Franchising na Real

TARTUCE, Flávio – Teoria dos Contratos e Contratos em Espécie – Editora Forense – Edição 2019 – 14ª Edição

¹⁴ ROQUE, Sebastião José, Do Contrato de Franquia Empresarial, Editora Ícone, 1ª Edição.166

RICHTER, Marina Nascimbem Bechtejew – A Relação de Franquia no Mundo Empresarial e as Tendências da Jurisprudência Brasileira – Editora Insper –

RIBEIRO, Adir – Gestão Estratégica do Franchising - Como construir redes de Franquias de Sucesso