

A nulidade de cláusula de eleição de foro e de cláusula arbitral em contratos de franquia: o princípio da proteção ao contratante dependente em colisão com o princípio da vinculação aos contratos

Leandro Cardoso LAGES¹

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar uma possível colisão entre o princípio da proteção ao contratante dependente e o princípio da vinculação aos contratos. Justifica-se o debate em virtude de julgados recentes do STJ reconhecendo a nulidade de cláusulas de eleição de foro e compromissória de arbitragem em contratos de franquia, sob o argumento de terem sido inseridas abusivamente em contratos de adesão estabelecidos entre partes que estariam em posições assimétricas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comercial; princípios; nulidade; foro; arbitragem.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O contrato de franquia e a aparente autonomia do franqueado; – 3. As obrigações empresariais e o princípio da vinculação dos contratantes aos contratos; – 4. Assimetrias em contratos empresariais e o princípio da proteção ao contratante dependente; – 5. As assimetrias contratuais na visão do STJ; – 6. Conclusão; – 7. Referências.

TITLE: *The Nullity of Forum Selection Clause and Arbitration Clause in Franchise Contracts: the Dependent Contracting Party Protection Principle in Collision with the Contracts Binding Principle*

ABSTRACT: *The present article proposes to analyze a possible collision between the dependent contracting party protection principle in collision with the contracts binding principle. The debate is justified by recent STJ decisions recognizing the nullity of forum selection clause and arbitration clause in franchise contracts, based on the argument that these clauses have been abusively imposed in standard form contracts established between parties that would be in asymmetrical positions.*

KEYWORDS: *Commercial Law; principles; nullity; forum; arbitration.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The franchise contracts and the apparent autonomy of the franchisee; – 3. The business obligation and the contracts binding principle; – 4. Asymmetries in busyness contracts and the depending contracting party protection; –5. Contractual asymmetries in the view of the STJ; – 6. Conclusion; – 7. References.*

1. Introdução

Em julgados recentes, o STJ vem manifestando uma tendência no sentido de declarar a nulidade de cláusula de eleição de foro² e de cláusula compromissória de arbitragem³ em contratos de franquia.

¹ Advogado e professor em cursos de graduação e pós-graduação. Doutor em Direito (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade Estadual do Ceará. Professor titular da Universidade Federal do Piauí - UFPI, vinculado ao Departamento de Ciências Jurídicas. E-mail: leandrolages@ufpi.edu.br

Em ambos os casos houve o reconhecimento de assimetria na relação estabelecida entre as partes contratantes, motivo que levou o órgão julgador a posicionar-se a favor do franqueado e contrariamente à parte que redigira o contrato de adesão, no caso, o franqueador.

A constatação de assimetrias contratuais e a consequente nulidade das mencionadas cláusulas contratuais decorre da prevalência do “princípio da proteção ao contratante dependente” o qual, em determinados casos, pode colidir com o “princípio da vinculação do contratante ao contrato”, decorrência direta do “princípio da autonomia da vontade”.

A importância dos princípios em nosso ordenamento jurídico pode ser identificada a partir da Constituição Federal de 1988, cujo texto revestiu-se de um caráter principiológico. Desde então, a argumentação por princípios seguiu um padrão de argumentação nos diversos campos do conhecimento jurídico, momento em que a interpretação e compreensão de regras jurídicas não mais se originavam de dispositivos legais, mas transitavam em torno de normas principiológicas⁴.

Eros Grau caracteriza os princípios como uma espécie de regras de direito em razão do seu caráter mais amplo e largo de generalidade, bem como da proximidade aos valores tidos como inspiradores do direito positivo⁵.

Para Robert Alexy, os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, diferenciando-se das regras pelo fato de que “os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é baixo”⁶.

A importância dos princípios para a atividade empresarial é destacada por Fábio Ulhoa Coelho haja vista a necessidade de formação de um novo direito comercial em virtude de um inadiável recoser dos escarçados valores da disciplina⁷.

² STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 563.993-GO, Rel. Min. Isabel Gallotti, j. em 17.03.2017.

³ STJ, 3ª T., REsp 1.602.076-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.09.2016.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14.

⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 115.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87-90.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios de direito comercial com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

Com base em tais assertivas, o presente artigo analisará uma possível colisão entre os princípios da proteção ao contratante dependente e da vinculação dos contratantes ao contrato, tendo por base as recentes decisões do STJ que reconheceram a nulidade de cláusulas de eleição de foro e compromissória de arbitragem em contratos de franquia.

2. O contrato de franquia e a aparente autonomia do franqueado

A franquia corresponde a uma figura contratual que envolve uma técnica negocial no campo da distribuição e venda de bens e serviços. Não consiste apenas em uma técnica de venda, mas também uma forma de domínio de mercado e controle de distribuição.

O termo franquia advém do inglês “francher”, que significa outorga de um privilégio. E dessa noção é possível defini-la como um instituto pelo qual uma das partes, o franqueador, concede à outra, o franqueado, o direito de usar marca associada a produtos ou serviços comercializados pelo franqueado, com suporte mercadológico do franqueador, o qual recebe, em troca, uma remuneração denominada de *royalties*.

De forma mais detalhada, Maria Helena Diniz especifica que a franquia (ou franchising) é o contrato pelo qual o franqueador concede, por certo tempo (determinado ou indeterminado), ao franqueado, o direito de comercializar com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título de estabelecimento, marca de indústria ou produto que lhe pertence, com assistência técnica permanente, recebendo, em troca, certa remuneração. Envolve a conjugação da licença de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, não havendo vínculo empregatício⁸.

Ressaltando alguns aspectos da franquia, Raquel Sztajn demonstra que “o franqueador fornece técnica(s) e/ou marca de comercialização de produtos ou serviços e transfere, juntamente com seu conhecimento e marca, a reputação a eles ligada”⁹.

Segundo Orlando Gomes, a franquia guarda semelhanças com a concessão exclusiva, a distribuição e o fornecimento de prestação de serviços, mas não é locação e nem mandato, mas uma figura autônoma, embora híbrida¹⁰.

Ambas as partes obtêm vantagens com o contrato: o franqueador com a expansão de seus negócios e ao franqueado pela oportunidade de conduzir o seu próprio

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71.

⁹ SZTAJN, Raquel. *Contratos de sociedades e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 133.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 571.

empreendimento, com riscos menores do que os enfrentados por aqueles que desenvolvem atividade por conta própria sem contar com o auxílio de alguém com experiência e titular de uma grande marca¹¹.

Sobre essa vantagem para o franqueado Jorge Andrade alerta não ser razoável considerar que “o empresário interessado em franquia seja alguém sem imaginação para iniciar um negócio seu, mas considerá-lo, alguém que, vendo a prosperidade de uma atividade comercial vitoriosa, opta por ela, pois os percalços iniciais já foram superados”¹².

Até o advento da Lei n. 8.955/94, o contrato de franquia era de livre negociação entre as partes. A legislação passou a disciplinar a atividade, resguardando com mais abrangência o franqueado através de algumas restrições ao franqueador, como por exemplo, a necessidade de entrega ao franqueado de um documento escrito intitulado Circular de Oferta de Franquia (COF).

A COF deve conter obrigatoriamente as informações constantes no art. 3º da Lei n. 8.955/94, dentre as quais se destacam: histórico resumido da franquia, balanços e demonstrações financeiras, pendências judiciais, perfil do franqueado ideal, minuta do contrato, total estimado para investimento, valores a serem despendido pelo franqueado a título de taxas e royalties, relação de todos os franqueados e regras quanto à exclusividade territorial.

Deve ser entregue ao candidato a franqueado em até 10 dias antes da assinatura do contrato, sob pena de anulabilidade do contrato e devolução de quantias pagas, conforme disposto no art. 4º da Lei n. 8.955/94. Esta sanção aplica-se, também, nos casos de veiculação de informações falsas na COF, conforme previsto no art. 7º.

A exigência da COF representa um reconhecimento por parte da legislação de que a relação entre o franqueador e o franqueado é assimétrica, estando este em situação de dependência em relação àquele, merecendo, portanto, uma proteção contra abusos e situações constatadas somente após a assinatura do contrato.

Segundo Márcia Carla Pereira Ribeiro, a existência de uma norma obrigando a entrega da COF e indicando quais sejam as informações obrigatórias que nela devem constar

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, cit., p. 73.

¹² ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 12.

“reduz os custos de informação de parte do candidato a franqueador, assim como pressupõe que, ao ter acesso aos dados, possa escolher pela contratação de forma mais fundamentada, buscando-se reduzir situações de fracasso empresarial”¹³.

Uma das principais características do contrato de franquia é a independência do franqueado ante o franqueador, pois, de acordo com Maria Helena Diniz, “não há vínculo de subordinação ou empregatício entre ele e o franqueador, não sendo a empresa franqueada uma sucursal do franqueador”. No entanto a autora ressalta que o franqueador pode impor certas obrigações ao franqueado, tolhendo sua ação¹⁴.

Fran Martins também destaca a independência do franqueado, a sua autonomia como empresário e a ausência de vínculo empregatício com o franqueador, mas ressalta que essa autonomia é relativa¹⁵. Há autonomia no sentido de franqueador e franqueado serem pessoas distintas, cada uma respondendo pelos atos que pratica, no entanto muitas regras são impostas pelo franqueador, restringindo o campo de ação do franqueado. O autor demonstra que existem contratos de franquia em que o franqueado somente pode praticar certos atos com autorização do franqueador, havendo várias obrigações que tolhem a ação do franqueado, apesar de ser ele uma empresa independente da franqueadora.

Estas situações de restrição de ações do franqueado pelo franqueador decorrem do fato de ser o contrato de franquia um contrato de adesão. Para Jorge P. Andrade, as cláusulas previamente apresentadas por uma das partes no contrato de franquia não podem ser negociadas pela outra¹⁶, circunstância que, para Bulgarelli, não abala a autonomia da vontade pois o franqueado pode inteirar-se do conteúdo do contrato antes da sua adesão¹⁷.

Fran Martins também demonstra que a franquia formaliza-se por meio de um “contrato de adesão, com cláusulas fixas, impressas, sendo muito pouco aquilo que o franqueado pode aduzir ao previamente imposto pelo franqueador”¹⁸.

Deste modo, sendo um contrato de adesão, o franqueador somente o formaliza com quem aceitar os seus termos. Muitas vezes o franqueado anui porque acredita no

¹³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos empresariais*. In Tratado de Direito Comercial. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, cit., p. 74-77.

¹⁵ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 442.

¹⁶ ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*, cit., p. 28.

¹⁷ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97.

¹⁸ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, cit, p. 445.

sucesso da operação como um todo, apenas conseguindo discutir, em alguns casos, a porcentagem sobre o faturamento e a extensão territorial da franquia¹⁹.

Entendendo-se a franquia como um contrato com relativa autonomia do franqueado, nos próximos tópicos deste trabalho serão analisadas as peculiaridades do contrato empresarial e a possibilidade da ocorrência de assimetrias nas relações empresariais.

3. As obrigações empresariais e o princípio da vinculação dos contratantes aos contratos

As obrigações empresariais obedecem a uma lógica diversa daquelas de ordem civil, razão pela qual merecem interpretações distintas. A lógica empresarial decorre dos usos e costumes e de um padrão de normalidade e previsibilidade do mercado que leva o empresário a pautar o seu comportamento e as suas decisões calculando a jogada do outro contratante a fim de aumentar a eficiência de sua atuação, reduzindo os riscos e aumentando os lucros.

Paula Forgioni exemplifica demonstrando que não se pode interpretar um contrato entre o fornecedor e um distribuidor da mesma forma que se interpreta a doação entre pais e filhos, e também que o método de exegese de um testamento diverge daquele utilizado para analisar uma grande fusão, ou ainda que os negócios mercantis não merecem o mesmo tratamento conferido aos contratos de consumo²⁰. Sintetizando, para Márcia Carla P. Ribeiro os “contratos negociados entre empresários não devem estar sujeitos às mesmas normativas gerais de interpretação de um contrato entre um empresário e um consumidor eventual”²¹.

Na relação empresarial vige o princípio da vinculação ao contrato, decorrente da autonomia da vontade, segundo o qual os empresários estão vinculados aos contratos que celebram entre si em grau maior do que os trabalhadores e consumidores. Ainda segundo o princípio, a revisão judicial de contratos somente deve ocorrer em situações excepcionais, em virtude de fatos supervenientes e totalmente imprevisíveis às partes, sob pena de se neutralizar a regra básica da competição, afastando os lucros ou os prejuízos decorrentes de decisões empresariais²².

¹⁹ ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*, cit., p. 28.

²⁰ FORGIONI, Paula Andrea. *A interpretação dos negócios empresariais*. In Tratado de Direito Comercial. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

²¹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos empresariais*, cit., p. 66.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios de Direito Comercial com anotações ao projeto de Código Comercial*. cit., p. 28-30.

A obrigação empresarial envolve algumas especificidades, havendo a necessidade da identificação de pressupostos subjetivos e objetivos para a sua caracterização. Quanto ao pressuposto subjetivo, exige-se que todas as partes envolvidas na obrigação sejam empresárias. Já o pressuposto objetivo diz respeito à natureza da obrigação, que deve decorrer do exercício da atividade empresarial das partes envolvidas²³.

Sem a ocorrência de ambos os pressupostos, não há obrigação empresarial. Um contrato entre empresários não induz necessariamente à conclusão de que se trata de um contrato empresarial. É possível que haja uma relação de consumo, pois o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor²⁴ admite que o consumidor seja pessoa física ou jurídica, e em assim sendo, um empresário, na relação com outro empresário, pode ser considerado consumidor.

Portanto, afóra o fato de se identificarem empresários como sujeitos na obrigação, necessário que o objeto do contrato envolva a atividade empresarial dos contratantes. Este aspecto é destacado por Márcia Carla P. Ribeiro ao mencionar serem os contratos empresariais aqueles “cujos contratantes são empresários, no exercício da atividade profissional”, ressaltando ainda que, em tais contratos há uma presunção de que os contratantes apresentam “condições similares de acesso à informação e análise dos riscos que permeiam toda a negociação empresarial”²⁵.

Outra característica da obrigação empresarial diz respeito ao intuito lucrativo, ressaltado por Paula Forgioni no contrato empresarial como um aspecto que o diferencia dos contratos civil e de consumo, pois nestes nem sempre o lucro consiste no objetivo das partes envolvidas, ao contrário do contrato empresarial, em que as partes sempre almejam o lucro²⁶.

Essas especificidades do contrato empresarial decorrem da livre concorrência, erigida a princípio da ordem econômica no art. 170, V, da Constituição Federal. Ao comentar o referido princípio, Fábio Ulhoa Coelho explica que um dos aspectos da liberdade de concorrência “consiste em garantir uma estrutura econômica na qual todos os agentes são devidamente estimulados e devidamente desestimulados, segundo a lógica do livre

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais*. In Tratado de Direito Comercial. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13.

²⁴ Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – Art. 2º. Consumidor é pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

²⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos empresariais*, cit., p. 56.

²⁶ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

mercado” e conclui pela inconstitucionalidade de qualquer lei que subverta esta lógica do livre mercado²⁷.

A consequência natural dessa lógica do livre mercado consiste em premiar com lucro o empresário que toma decisões acertadas e penalizar com prejuízos aquele empresário que incorre em medidas equivocadas²⁸.

Todo empresário sabe, ou deveria saber, que ganhar ou perder faz parte das regras do jogo de mercado, consequência direta do risco inerente a qualquer atividade empresarial, erigido a princípio de Direito Comercial.

Fábio Ulhoa Coelho explica este princípio demonstrando que em qualquer atividade empresarial, a crise pode sobrevir à empresa mesmo nos casos em que o empresário e o administrador agiram em cumprimento à lei e aos seus deveres, e não tomaram nenhuma decisão precipitada, equivocada ou irregular²⁹.

A lei não pode poupar os empresários dos erros em que incorre na exploração da empresa, e que por isso a revisão de contratos comerciais deve ocorrer apenas em situações excepcionais, mas ressalta que o Judiciário nem sempre tem clareza ao diferenciar “imprevisibilidade” e “riscos empresariais”. O risco empresarial não autoriza a revisão contratual, todavia algumas decisões judiciais e reflexões doutrinárias têm distorcido o instituto da teoria da imprevisão, aplicando a hipóteses que configuram inerência do risco empresarial³⁰.

Paula Forgioni reforça o argumento ao defender que o contrato empresarial não pode ser interpretado no sentido de neutralizar os prejuízos de empresários que erram em suas estratégias, ressaltando que “o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo)”, mas apenas a agir com boa-fé e segundo os princípios e regras de mercado³¹.

Ciente das regras do jogo de mercado, qualquer empresário estuda e adota suas estratégias confiando na imutabilidade e respeito às regras do jogo. A alteração dessas regras após o jogo em andamento, ou até mesmo depois de encerrada alguma operação

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais*, cit., p. 16.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais*, cit., p. 16.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios de Direito Comercial com anotações ao projeto de Código Comercial*, cit., p. 56.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *O Projeto de código comercial e a proteção jurídica do investimento privado*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 17, n. 112, Jun-Set 2015, p. 243.

³¹ FORGIONI, Paula Andrea. *A interpretação dos negócios empresariais*, cit., p. 84.

previamente estudada, pode repercutir no resultado programado, comprometendo os lucros pretendidos.

Segundo Paula Forgioni, o mercado representa uma ordem com regularidade e previsibilidade de agir, onde “quem entra no mercado sabe que o seu agir (e também o agir do outro) é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis”³². E, confiando nessa ordem, nas regras de mercado, os empresários adotam comportamentos calculados, cujos resultados possuem margens de previsibilidade. Um sistema que possibilite a um contratante liberar-se de seus compromissos porque a operação não trouxe o lucro pretendido subverte a ordem e a lógica do mercado, comprometendo o nível de segurança e previsibilidade³³.

Dessa forma, nem a lei nem o Poder Judiciário devem interferir nessa lógica do mercado, sob pena de, em se alterando as regras desse jogo, criar um ambiente de insegurança jurídica que iniba investimentos e até mesmo afaste aqueles já programados.

A lógica do mercado pressupõe um equilíbrio entre os contratantes empresários, o que, segundo Márcia C. P. Ribeiro “por estarem as partes em posições equivalentes, estariam também aptas a exercer com liberdade sua autonomia privada”³⁴, e quanto “maior a liberdade, menor deve ser a possibilidade de interferência da lei e do Poder Judiciário na avaliação de seus efeitos”³⁵, daí não sendo recomendável uma intervenção que comprometa a vinculação das partes ao contrato, salvo situação excepcionais.

No entanto, ainda de acordo com Márcia C. P. Ribeiro, essa presunção de equilíbrio entre os empresários “depende da existência de uma estrutura de mercado que permita o poder de escolha e de negociação a todos os envolvidos”, caso contrário estar-se-á diante de uma situação de dependência de uma parte em relação à outra em virtude de limitadas opções decisórias, estando caracterizada uma relação jurídica assimétrica³⁶.

A situação também é explicada por Paula Forgioni, segundo a qual “há empresários que desfrutam de situação econômica vantajosa em relação ao outro e são capazes de impor sua vontade, o contrato e as respectivas condições, dominando o jogo da contratação e

³² FORGIONI, Paula Andrea. *A interpretação dos negócios empresariais*, cit., p. 79.

³³ FORGIONI, Paula Andrea. *A interpretação dos negócios empresariais*, cit., p. 84.

³⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos empresariais*, cit., p. 57.

³⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos empresariais*, cit., p. 66.

³⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos empresariais*, cit., p. 57.

utilizando-o a seu exclusivo favor”³⁷ e, para a autora, nestas condições há a necessidade da construção de um sistema de tutela eficiente para esse contratante mais fraco. A autora ressalta, ainda, que a situação explanada não se refere a contratações coativas ou necessárias e nem mesmo a relações consumeristas, mas a contratações tipicamente empresariais³⁸.

As assimetrias empresariais originaram o princípio da proteção ao contratante dependente, assunto objeto de análise de agora em diante.

4. Assimetrias em contratos empresariais e o princípio da proteção ao contratante dependente

Apesar de haver uma presunção de equilíbrio nas relações jurídicas interempresariais, excepcionalmente é possível o reconhecimento de assimetrias em alguns contratos empresariais.

A assimetria nos contratos empresariais não guarda proximidade com outras relações assimétricas existentes no ordenamento jurídico, como aquelas decorrentes do contrato de trabalho e da relação de consumo.

Segundo Márcia C. P. Ribeiro, há nessa modalidade de contratos uma disparidade intelectual, econômica ou de acesso à informação do trabalhador ou do consumidor, justificando “uma ação interventiva da lei, na tentativa de reequilibrar os interesses, desequilibrados em razão da disparidade, com francas limitações à autonomia privadas”³⁹.

A assimetria no contrato de trabalho decorre da hipossuficiência do trabalhador, uma presunção absoluta na relação empregatícia e que justifica a existência de uma proteção específica e ampla.

De acordo com Maurício Gondinho Delgado, a proteção ao empregado constitui um princípio cardeal do Direito do Trabalho, favorável ao trabalhador, em virtude do qual surge uma presunção que objetiva alcançar uma “vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática”⁴⁰. Discorrendo sobre o contrato de trabalho, Fábio Ulhoa

³⁷ FORGIONI, Paula Andrea. *A interpretação dos negócios empresariais*, cit., p. 76.

³⁸ FORGIONI, Paula Andrea. *A interpretação dos negócios empresariais*, cit., p. 76.

³⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos empresarias*, cit., p. 56.

⁴⁰ DELGADO, Maurício Gondinho. *Curso de direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 198.

Coelho demonstra que “a assimetria está relacionada à necessidade do trabalhador”, pois “a maioria das pessoas precisa trabalhar para ganhar dinheiro para se sustentar e à família”⁴¹.

Já na relação de consumo, a assimetria está ligada à vulnerabilidade do consumidor, conforme reconhecido no art. 4º, I, da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor⁴².

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo representa o princípio basilar do direito do consumidor. O consumidor é a parte mais frágil na relação de consumo, por isso merece uma proteção especial. Trata-se de uma presunção absoluta, não se admitindo prova em contrário.

A vulnerabilidade do consumidor constitui atributo que lhe é inerente e decorre do fato de ser o destinatário final dos produtos e serviços disponibilizados pelo fornecedor no mercado de consumo. Assim, a vulnerabilidade independe da condição social, cultural ou econômica do consumidor, caracteriza-se pelo fato de o consumidor desconhecer as técnicas de produção⁴³. Adquire produtos e serviços no mercado de consumo porque não tem condições de exercer a atividade produtiva que é dominada pelo fornecedor, daí a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor⁴⁴.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor possibilita que lhe seja assegurada uma série de direitos e garantias, permitindo, dessa forma, um tratamento diferenciado em relação ao fornecedor, a fim de neutralizar a sua reconhecida superioridade frente ao consumidor.

O princípio da vulnerabilidade decorre do princípio constitucional da isonomia, que confere tratamento desigual aos desiguais⁴⁵. Como o consumidor é inferior ao fornecedor em virtude da sua reconhecida vulnerabilidade, é possível dispensar um tratamento desigual em favor do consumidor com o objetivo de equilibrar a relação jurídica de consumo.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais*, cit., p. 17.

⁴² Art. 4º ...: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

⁴³ LAGES, Leandro Cardoso. *Direito do consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 62.

⁴⁴ LAGES, Leandro Cardoso. *Direito do consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 62.

⁴⁵ NERY JR, Nelson. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 182.

A doutrina reconhece quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional⁴⁶. Na primeira, o consumidor, por não deter conhecimentos sobre o objeto adquirido, é mais facilmente enganado quanto às características e a utilidade do produto ou serviço, presumindo-se a sua existência para o consumidor não profissional. A segunda decorre da inexperiência do consumidor quanto ao mercado, pois não tem conhecimento jurídico, contábil ou econômico e dificilmente tem como recorrer a um especialista. Já a terceira representa a fragilidade do consumidor nos aspectos financeiro, social e cultural, está diretamente ligada à ideia de hipossuficiência. E a vulnerabilidade informacional vem a ser aquela decorrente de dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra⁴⁷.

Em síntese, enquanto na relação empregatícia a assimetria decorre da hipossuficiência do trabalhador em virtude de sua premente necessidade, na relação de consumo a assimetria caracteriza-se pela vulnerabilidade do consumidor manifestada pelo déficit informacional frente ao fornecedor.

Se na relação de consumo e empregatícia as assimetrias gozam de presunção absoluta, o mesmo não ocorre nas relações empresariais. O contrato empresarial pode ou não ser assimétrico.

Na relação empresarial, a assimetria não decorre de necessidade e nem de déficit informacional. Não há que se falar em hipossuficiência ou vulnerabilidade do empresário. Segundo Fábio Ulhoa Coelho “quando alguém decide empresariar, não o faz por não dispor de outra opção para sustentar-se e à família. Não está sem outra alternativa, como estão os trabalhadores. Empresaria porque quer”⁴⁸. Ainda segundo o autor, também não há déficit informacional, como nas relações de consumo, pois o empresário conhece a atividade que desenvolve, possui ampla noção sobre os produtos ou serviços que decorrem do seu negócio⁴⁹.

A assimetria em alguns contratos empresariais decorre da situação de dependência do empresário, o qual precisará organizar a sua empresa segundo as orientações emanadas de outro empresário, de acordo com o contrato firmado. O empresário torna-se

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 239.

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 239.

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais*, cit., p. 18.

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais*, cit., p. 18.

dependente por livre opção, por entender ser uma decisão adequada a seus interesses após sopesar custos e benefícios, vantagens e desvantagens, como ocorre nos contratos de franquia, distribuição e representação comercial. Trata-se de uma decisão empresarial, com risco inerente a ser suportado pelo empresário, pois quanto maior a dependência, maior o risco agregado⁵⁰.

Mesmo nas situações de dependência ocasionada por livre decisão do empresário, com o risco inerente à atividade desenvolvida que não pode servir de escusa quanto a prejuízos ou revés empresarial, afora a autonomia da vontade e vinculação plena ao contrato, o princípio da proteção ao contratante dependente justifica a adoção de medidas a fim de resguardar o empresário. Paula Forgioni defende a adoção de tais medidas protetivas por entender que “é preciso coibir os abusos propiciados pela dependência econômica e um em relação ao outro, sob pena de consagrarmos igualdade meramente formal”⁵¹.

A influência do princípio da proteção ao contratante dependente nas decisões judiciais será objeto de análise na próxima etapa deste trabalho.

5. As assimetrias contratuais na visão do STJ

As assimetrias em contratos empresariais têm justificado a adoção de um comportamento do Poder Judiciário no sentido de alterar determinadas disposições contratuais ou até mesmo influenciado algumas interpretações mais favoráveis à parte que se encontra em posição de dependência.

Tais decisões evidenciam uma influência do princípio da proteção ao contratante mais dependente, muito embora não haja uma menção expressa ao referido princípio. Para fins de demonstração desta hipótese, analisar-se-ão quatro decisões judiciais.

A primeira decisão judicial diz respeito a um contrato de representação comercial omissa quanto à cláusula de exclusividade. Na visão do representante, essa omissão fazia presumir a exclusividade, o que fora refutado pelo representado, fato que gerou uma demanda judicial a fim de dirimir a controvérsia.

A ementa do julgado, em resumo, dispôs o seguinte:

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais*, cit., p. 20.

⁵¹ FORGIONI, Paula Andrea. *A interpretação dos negócios empresariais*, cit., p. 85.

PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. RESCISÃO DE CONTRATO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ZONA DE ATUAÇÃO. EXCLUSIVIDADE. OMISSÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO. PAGAMENTO DE COMISSÕES. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. (...) 2. É possível presumir a existência de exclusividade em zona de atuação de representante comercial quando: (i) não for expressa em sentido contrário; e (ii) houver demonstração por outros meios da existência da exclusividade. 3. A resolução contratual é cabível nos casos de inexecução do contrato, que pode ocorrer de modo voluntário ou involuntário, gerando efeitos retroativamente (*ex tunc*). (...) 6. Recurso especial parcialmente provido. *STJ, 3ª T., Resp 1.634.077-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 09.03.2017.*

Da leitura da ementa do julgado percebe-se apenas que houve entendimento no sentido de que a exclusividade de zona de atuação do representando comercial pode ser presumida quando não houver disposição expressa em sentido contrário e quando outros elementos de prova atestem a existência de exclusividade.

Mesmo sendo a representação comercial um contrato assimétrico, com relação de dependência do representante, não há na ementa qualquer referência a esta situação.

No entanto, na fl. 03 do voto da relatora, extrai-se a afirmação no sentido de que uma das características do contrato de representação comercial é “a vulnerabilidade do representante em relação ao representado”, circunstância que justifica a existência de uma legislação que estabelece algumas “regras protetivas nos casos de rescisão contratual”. Ou seja, mesmo sem fazer uma referência expressa ao princípio da proteção ao contratante dependente, a relatora aplicou implicitamente o mencionado princípio em sua fundamentação ao reconhecer a situação de assimetria na relação contratual.

Apesar da atecnia no uso do vocábulo “vulnerabilidade” ao se referir à situação do representado, em nenhum momento a relatora utilizou a expressão com o sentido que lhe empresta o Direito do Consumidor. A argumentação jurídica fez referência explícita à lei que rege a matéria – Lei n. 4.886/65 –, sem jamais mencionar o Código de Defesa do Consumidor, o que demonstra o intuito da relatora em aplicar o princípio da proteção ao contratante dependente.

Em outro caso envolvendo contratos assimétricos, o STJ também teve a oportunidade de aplicar veladamente o referido princípio em demanda envolvendo shopping center. Eis a ementa do julgado:

DIREITO CIVIL. SHOPPING CENTER. INSTALAÇÃO DE LOJA. PROPAGANDA DO EMPREENDIMENTO QUE INDICAVA A PRESENÇA DE TRÊS LOJAS-ÂNCORAS. DESCUMPRIMENTO DESSE COMPROMISSO. PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO. 1. Conquanto a relação entre lojistas e administradores de Shopping Center não seja regulada pelo CDC, é possível ao Poder Judiciário reconhecer a abusividade em cláusula inserida no contrato de adesão que regula a locação de espaço no estabelecimento, especialmente na hipótese de cláusula que isente a administradora de responsabilidade pela indenização de danos causados ao lojista. 2. A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento. 3. Recurso especial conhecido e improvido. *STJ, 3ª T., REsp 1.259.210-RJ, Min. Massami Uyeda, j. em 26.06.2012*

Neste julgado, a celeuma girou em torno de uma cláusula de isenção de responsabilidade relativa à ausência de lojas âncoras prometidas pelo empreendedor no shopping center. O empreendedor veiculou publicidade a respeito da existência de lojas âncoras, as quais não foram inauguradas.

O lojista tentou responsabilizar o shopping alegando que as lojas âncoras asseguram um fluxo maior ao shopping, fato levado em consideração pelos contratantes ao decidirem firmar o contrato. Em sua defesa o shopping apegou-se à cláusula de isenção de responsabilidade e ao art. 54 da Lei n. 8.245/91 (Lei do Inquilinato), o qual dispõe que “nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos”, pugnando pelo respeito à autonomia privada.

O caso aportou no STJ, decidindo-se pela responsabilização do shopping ao reconhecer a abusividade da cláusula limitativa de responsabilidade. Não houve incidência do Código de Defesa do Consumidor, apesar de invocado pelo lojista.

Entendeu-se pela responsabilização do shopping, com amparo ao lojista na qualidade de contratante que estaria em uma situação de dependência. Mesmo não havendo

menção expressa ao princípio da proteção ao contratante dependente na ementa transcrita, entendeu-se que, em determinadas situações concretas, mesmo em relações interempresariais, há limites à autonomia da vontade. E ressaltou-se no voto que o shopping center estaria em uma “posição dominante na relação jurídica” e que, por este motivo, a inserção da cláusula de isenção de responsabilidade representava um abuso.

Mais uma vez o princípio da proteção ao contratante dependente inspirou a fundamentação do julgado, apesar de não haver menção expressa ao mesmo.

Em outro julgado do STJ, mais uma vez percebeu-se a utilização velada do referido princípio. Segue a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTABELECIDA CONTRATO DE FRANQUIA. VALIDADE. RECONHECIMENTO DE HIPOSSUFICIÊNCIA POR ESTA CORTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7ºSTJ. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça entende que é válida a cláusula de eleição de foro estabelecida em contrato de franquia, exceto quando reconhecida a hipossuficiência da parte ou a dificuldade de acesso à justiça. 2. A alteração dos fundamentos do acórdão recorrido acerca da hipossuficiência dos recorrentes demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. *STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 563.993-GO, Rel. Min. Isabel Gallotti, j. em 17.03.2015.*

O caso diz respeito à nulidade de cláusula de eleição de foro, sob o argumento de que a mesma fora imposta abusivamente, dificultando o acesso à justiça. Contrapondo o argumento, o franqueador invocou a autonomia da vontade e a plena vinculação inerente aos contratos empresariais.

Neste julgado, já na ementa é possível perceber a presença da expressão “hipossuficiência da parte” associada equivocadamente à dependência nos contratos empresariais para ressaltar a assimetria na relação. Também no voto, a expressão fora repetida algumas vezes.

Conforme já mencionado, o termo “hipossuficiência” relaciona-se ao contrato de trabalho e decorre da situação de necessidade do empregado, motivo que justifica a existência de uma legislação protetiva. Na relação empresarial não existe a hipossuficiência de um empresário em relação ao outro, mas sim a dependência, circunstância que pode limitar o campo de ação de uma das partes em relação à outra. Daí a idealização do princípio da proteção ao contratante dependente.

No julgado sob análise, o reconhecimento da nulidade da cláusula de eleição de foro perpassou pelo reconhecimento da assimetria na relação empresarial, ensejadora de proteção à parte dependente em virtude da dificuldade de acesso à justiça. Mais uma vez não houve referência expressa ao princípio da proteção ao contratante dependente, mas a utilização equivocada de uma expressão – hipossuficiência da parte – com o intuito de conferir a proteção resguardada pelo princípio àquele contratante (franqueado) que se encontra em reconhecida posição de dependência.

Além disso, cabe frisar que a decisão segue uma linha de precedentes do STJ, o qual em outras decisões⁵², envolvendo relatores diversos, tem reconhecido a nulidade da cláusula de eleição de foro em contratos de franquia quando inseridas em contratos de adesão com relações assimétricas entre as partes.

E, por fim, um último julgado do STJ para confirmar a hipótese de que o Poder Judiciário desconhece alguns princípios de Direito Comercial, apesar de aplicá-los veladamente. Mais um caso envolvendo cláusulas contratuais em franquias:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO *PRIMA FACIE* DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. (...) 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido. *STJ, 3ª. T., REsp 1.602.076-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.09.2016.*

A exemplo do caso anterior, neste julgado também se reconheceu a nulidade de cláusula contratual, desta vez, um compromisso arbitral.

⁵² STJ, AgRg no REsp 1230286/SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 29.05.2014; STJ, AI 1.345.264/MS, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 30.11.2010; STJ, CC 32.877/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 07.04.2003.

Sem adentrar no mérito da demanda, ou seja, natureza e validade do compromisso arbitral, objetiva-se analisar apenas uma possível influência do princípio da proteção ao contratante dependente. Inegável que há assimetria em alguns contratos de franquia e, portanto, relação de dependência do franqueado, situação destacada por Coelho (2012, p. 54) ao comentar o princípio da proteção ao contratante dependente e exemplificar a franquia como um contrato de relações assimétricas entre as partes envolvidas.

Em determinado trecho do seu voto, a relatora utiliza a expressão “contratante mais fraco” para se referir ao franqueado e, por este motivo, sustentar a nulidade da cláusula arbitral inserida no contrato de adesão. Também deixou bem claro que o reconhecimento da nulidade não decorria da incidência do Código de Defesa do Consumidor, evidenciando que o contrato de franquia não configura relação de consumo entre o franqueado e o franqueador.

Ou seja, o reconhecimento da nulidade da cláusula arbitral deu-se em virtude da compreensão de que, em contratos empresariais assimétricos, deve-se conferir um tratamento protetivo ao contratante dependente, erroneamente denominado no voto de “contratante mais fraco”.

Em todos os quatro julgados comentados neste tópico percebeu-se a influência do princípio da proteção ao contratante dependente. Muito embora não houvesse menção expressa ao princípio, mas referência a termos e vocábulos correlatos a assimetrias em outras relações jurídicas não empresariais, ainda assim a intenção do julgador consistia em amparar o contratante dependente nos moldes pretendido pelo princípio.

Tal constatação demonstra o desconhecimento do Poder Judiciário com relação aos princípios que são próprios e afetos ao Direito Comercial, fato que inegavelmente repercute na cultura jurídica disseminada entre seus integrantes e influencia negativamente na tomada de decisões em demandas que envolvem interesses puramente empresariais.

Não raro, acarretam a aplicação, em demandas empresariais, de princípios e regras de outras áreas do direito, notadamente do direito civil e do direito do consumidor, fragilizando a segurança jurídica e a previsibilidade tão valorizadas no ambiente empresarial.

6. Conclusão

O presente artigo objetiva analisar a validade das cláusulas de eleição de foro e cláusulas compromissória de arbitragem em contratos de franquia.

Para tanto, abordou-se o seguinte: (1) a franquia como uma modalidade de contrato empresarial no qual há uma dependência do franqueado, (2) a natureza das obrigações empresariais com a devida valorização da autonomia privada e vinculação aos contratos, (3) a possibilidade de proteção ao contratante dependente nas relações empresariais e (4) a forma como o Poder Judiciário, em especial o STJ, tem enfrentado essas questões envolvendo contratantes dependentes.

O problema arguido suscita uma colisão entre dois princípios de Direito Comercial: vinculação dos contratantes ao contrato e proteção ao contratante dependente.

Havendo colisão entre princípios, ou seja, quanto algo é proibido de acordo com um princípio e permitido por outro, um dos princípios terá que ceder. Mas isso não implica no reconhecimento da invalidade de um dos princípios, apenas que um dos princípios tem precedência em face do outro em determinadas condições, ou seja, nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e aquele com maior peso tem precedência⁵³. Vários exemplos de soluções de colisões entre princípios podem ser encontrados nos numerosos sopesamentos de interesses realizados pelos tribunais superiores

Logo, havendo colisão entre os princípios da vinculação dos contratantes ao contrato e da proteção ao contratante dependente, a situação há de ser superada pela ponderação do caso concreto, o que, no presente trabalho, corresponde à validade (ou não) das cláusulas de eleição de foro e cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de franquia.

Ambas as cláusulas foram objeto de análise recente pelo STJ em demandas envolvendo franqueados e franqueadores, reconhecendo-se a nulidade das mesmas, em clara demonstração de preponderância do princípio da proteção ao contratante dependente. Relembrando, conforme explanado no tópico anterior deste trabalho, que em nenhum dos casos houve a incidência do Código de Defesa do Consumidor, apesar dos pleitos nesse sentido formulados pelos franqueados.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 93-94.

Quanto à *cláusula de eleição de foro*, entende-se que a sua nulidade não compromete a autonomia da vontade e nem a vinculação do contratante ao contrato, principalmente quando a sua inserção ocorre em contratos de adesão e enseja dificuldade de acesso à justiça pelo franqueado.

Reconhecer a nulidade da cláusula de eleição de foro e manter a demanda no domicílio do franqueado, local onde a atividade de franquia fora desenvolvida, não se mostra uma medida que subverte as regras do jogo de mercado ou compromete a previsibilidade dos comportamentos empresariais, ou seja, não traz insegurança jurídica.

Além disso, não se trata de uma cláusula referente ao núcleo do contrato de franquia. A sua ausência não interfere na rotina empresarial ajustada entre franqueador e franqueado no que diz respeito à remuneração, zona de atuação, fiscalização, padronização, exclusividade, obrigações das partes, sanções, dentre outras tantas cláusulas comuns e até mesmo obrigatórias no contrato de franquia.

Adalberto Simão Filho destaca os seguintes elementos como essenciais à franquia: distribuição, colaboração recíproca, preço, concessões de autorizações e licenças, independência, métodos e assistência técnica permanente, exclusividade e contrato mercantil⁵⁴, aspectos também ressaltados por Fran Martins ao se referir às cláusulas que tratam ao prazo do contrato, a delimitação do território e da localização, as taxas de franquia, as quotas de vendas, o direito de o franqueado vender a franquia e o cancelamento ou a extinção do contrato⁵⁵. Ou seja, a nulidade da cláusula de eleição de foro não afeta nenhum desses elementos.

Além disso, o Poder Judiciário continuará competente para apreciar a demanda entabulada entre as partes, alterando-se apenas a competência territorial.

Por estes motivos, entende-se que deve prevalecer o princípio da proteção ao contratante dependente, anulando-se a cláusula de eleição de foro e deslocando-se a competência para o foro do domicílio do franqueado, território onde o mesmo desenvolve a sua atividade, desde que se trate de contrato de adesão e de uma relação reconhecidamente assimétrica.

⁵⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 33-34.

⁵⁵ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 447.

Já quanto à *cláusula compromissória de arbitragem*, entende-se que o recente posicionamento do STJ em reconhecer a sua nulidade em contratos de franquia⁵⁶ compromete as regras de mercado e pode trazer insegurança jurídica.

Levando-se em consideração a classificação do Brasil como um país com ambiente pouco favorável à realização de negócios segundo as últimas análises do Banco Mundial⁵⁷, e considerando ainda que a atuação do Poder Judiciário repercutiu negativamente nesta análise, óbvio que alguns contraentes têm buscado formas alternativas de resolução de controvérsias, a exemplo da arbitragem.

A compreensão de que a inserção de cláusulas compromissórias de arbitragem em contratos de franquia podem ser alvo de nulidade pelo Poder Judiciário poderá repercutir no ambiente de negócios do país. Por óbvio que muitos franqueadores, tomando conhecimento da fragilidade das cláusulas contratuais, poderão optar por não desenvolver as suas atividades no país por não desejarem submeter eventuais demandas a Poder Judiciário local.

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

Ao comentaram a decisão do STJ, Orenge e Ferrero mostraram preocupação afirmando que caso se mantenha o entendimento quando à nulidade das cláusulas de arbitragem corre-se o risco de se “alterar a dinâmica contratual e negocial do mercado, gerando um desequilíbrio preocupante para o mundo do franchising”⁵⁸.

Sendo uma cláusula contratual determinante da vontade de uma das partes em firmar o contrato, ou seja, uma condição essencial sopesada no momento da contratação por alguma das partes não querer submeter-se ao Poder Judiciário, regra que o contratante espera que seja respeitada, mostra-se temerário desconsiderá-la, em franca alteração das regras do jogo de mercado.

⁵⁶ STJ, 3ª T., REsp 1.602.076-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.09.2016, comentado neste artigo.

⁵⁷ BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/rankings>> Acesso em: 09 jun. 2018.

⁵⁸ ORENGA, Danilo; FERRERO, Maria Fernanda. *Entendimento de que todo contrato de franquia é de adesão é perigoso*. Consultor Jurídico, 27 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-27/entendimento-todo-contrato-franquia-adesao-perigoso>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

A autonomia privada constitui uma viga mestra no sistema do mercado, e compete ao direito preservar a fluência das relações econômicas por meio de um sistema que viabilize o respeito às regras do jogo de mercado, entre as quais se destaca a regra do *pacta sunt servanda*⁵⁹.

Diferente do entendimento quanto à nulidade da cláusula de eleição de foro, na qual se mantém o Poder Judiciário na análise da demanda, modificando-se apenas a competência territorial, na nulidade da cláusula de arbitragem exclui-se por completo a vontade das partes de submissão da demanda ao procedimento arbitral. Esta circunstância compromete a segurança jurídica, bem como a previsibilidade e a calculabilidade das partes quanto às estratégias comerciais, custos previstos e tempo estimado de duração de eventuais demandas.

E isso interfere na proteção jurídica do investimento privado - PJIP, aspecto que, no entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, representa um importante instrumento observado pelos empresários ao tomarem decisões sobre investimentos em determinados países, sendo mais propícios a investimentos aqueles em que há uma elevada PJIP⁶⁰. Para análise do grau de PJIP aferem-se as normas e princípios vigentes e a maneira como são interpretados e aplicados.

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

Quanto maior o número de intercorrências agregadas ao custo do produto ou serviço, maior será o impacto no preço final a ser suportado pela sociedade. E em um ambiente de imprevisibilidade de decisões judiciais o empresário tende a alargar suas margens para suprir as incertezas. Consequentemente, o preço tende a se elevar, por vezes até mesmo inviabilizando a atividade empresarial.

⁵⁹ FORGIONI, Paula Andrea. *A interpretação dos negócios empresariais*, cit., p. 85.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 17, n. 112, Jun-Set 2015, p. 239.

Esse fenômeno é explicado por Ronald Coase ao afirmar que a concessão de uma ordem judicial (ou o conhecimento de que seria concedida) pode resultar no encerramento de uma atividade ou impedir que seja iniciada, em virtude dos custos que podem gerar para o empreendedor⁶¹.

Portanto, quanto à cláusula compromissória de arbitragem, entende-se que deve prevalecer o princípio da vinculação dos contratantes ao contrato, decorrência direta da autonomia da vontade, mantendo-se a arbitragem como ambiente obrigatório de solução de eventuais demandas envolvendo o contrato de franquia.

7. Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *As obrigações empresariais*. In Tratado de Direito Comercial. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 17, n. 112, Jun-Set 2015.
- _____. *Princípios de Direito Comercial com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DELGADO, Maurício Gondinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FORGIONI, Paula Andrea. *A interpretação dos negócios empresariais*. In Tratado de Direito Comercial. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- LAGES, Leandro Cardoso. *Direito do Consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁶¹ COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 115.

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

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

ORENGA, Danilo; FERRERO, Maria Fernanda. *Entendimento de que todo contrato de franquia é de adesão é perigoso*. Consultor Jurídico, 27 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-27/entendimento-todo-contrato-franquia-adesao-perigoso>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

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

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2000.

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

civilistica.com

Recebido em: 30.01.2018
Aprovado em:
23.04.2018 (1º parecer)
26.07.2018 (2º parecer)

Como citar: LAGES, Leandro Cardoso. A nulidade de cláusula de eleição de foro e de cláusula arbitral em contratos de franquia: o princípio da proteção ao contratante dependente em colisão com o princípio da vinculação aos contratos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-nulidade-de-clausula-de-eleicao/>>. Data de acesso.