

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM CONTRATOS DE FRANQUIA: COMPETÊNCIA PARA ANALISAR SUA VALIDADE E EFICÁCIA; (IN)EXISTÊNCIA DE DEVER DE INFORMAÇÃO DO FRANQUEADOR ACERCA DOS CUSTOS DA ARBITRAGEM; COMPETÊNCIA PARA ANALISAR ALEGAÇÃO DE IMPECUNIOSIDADE

Aline de Miranda Valverde Terra

Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora permanente do programa de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) da UERJ. Professora de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Professora permanente e Coordenadora adjunta do programa de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado profissional) da PUC-Rio. Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. *Master of Laws em International Dispute Resolution* pela Queen Mary University of London. Pesquisadora Visitante do Instituto Max Planck de Direito Privado Comparado e Internacional (Hamburgo – Alemanha). Membro da Academia Internacional de Direito Comparado. Membro do Comitê Brasileiro da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.

Sumário: I Consulta – II Parecer – III Resposta aos quesitos

I Consulta

Honra-nos o Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr com solicitação de *parecer jurídico* acerca da validade e eficácia de cláusula compromissória inserida em contratos de franquia, com a finalidade de responder a três quesitos específicos:

1. A quem compete analisar a validade e a eficácia de cláusula compromissória inserida em contratos de franquia, nas hipóteses em que se alega tratar-se de contrato de adesão que não observou o disposto no art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem?

2. O franqueador tem o dever de informar previamente o candidato a franqueado sobre os custos da arbitragem?
 3. A quem compete analisar a validade e a eficácia de cláusula compromissória diante de alegação de impecuniosidade da arbitragem?
- Passo a emitir, em separado, o meu Parecer.

II Parecer

1 A quem compete analisar a validade e a eficácia de cláusula compromissória inserida em contratos de franquia, nas hipóteses em que se alega tratar-se de contrato de adesão que não observou o disposto no art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem?

1 A análise da questão posta parte de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no âmbito do REsp nº 1.602.076/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado em 15.9.2016, à qual se seguiram outras na mesma direção.¹

2 Pretendia o franqueado a anulação do contrato de franquia ou, subsidiariamente, sua rescisão, com a condenação do franqueador a devolver os pagamentos realizados a título de Taxas de Franquia e de Royalties, bem como ao pagamento da multa respectiva. Em contestação, o franqueador suscitou preliminar de convenção de arbitragem, rejeitada em primeiro grau. Entendeu o juízo tratar-se de contrato de adesão, sob a justificativa de que constava do instrumento o logotipo do franqueador, pelo que deveria ser observado o disposto no art. 4º, §2º da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).² Como não havia no contrato “redação em negrito, visto específico ou convenção em anexo próprio”, decidiu-se pela ineficácia da cláusula.³

3 O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por sua vez, extinguiu o processo sem julgamento de mérito, ao argumento de que o Contrato continha cláusula compromissória. Para o Tribunal, seria incabível “a análise sob a ó[p]tica da legislação do

¹ STJ, 3ª T. AgInt nos EDcl no Ag em REsp nº 1560937/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14.3.2022, v.u.; STJ, 3ª T. REsp nº 1.803.752/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.2.2020, v.p.m.

² “Art. 4º [...] §2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

³ 1ª Vara Cível da Comarca de Araçatuba, Processo nº 4002074-09.2013.8.26.0032, Juiz de Direito Fernando Augusto Fontes Rodrigues Junior, j. 18.2.2014.

consumidor”, pois não haveria “incidência das regras protecionistas nas relações entre empresários, como é o caso dos autos, em que todos os litigantes são empresas de segmentos distintos, oferecendo bens e serviços à cadeia de produção econômica”. Apesar de reconhecer que “a validade da cláusula compromissória em contratos de franquia, especialmente se cogitada a adesividade do franqueado, é matéria debatida no âmbito empresarial”, o TJSP entendeu que “uma vez convencionada a arbitragem e suscitada a preliminar de incompetência em contestação, deve-se reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Estadual Comum para dirimir o conflito, impondo-se a extinção do processo sem resolução do mérito”.⁴ Foram opostos Embargos de Declaração pelo franqueado, aduzindo que o acórdão teria deixado de considerar o fato de que (i) o contrato de franquia se qualificaria como contrato de adesão, e que (ii) os requisitos do art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem não teriam sido observados. O TJSP rejeitou os Embargos de Declaração, por considerar tratar-se de pretensão infringente, que deveria ser endereçada em sede própria.⁵

4 Interposto Recurso Especial, a 3ª Turma do STJ decidiu, por unanimidade, que, posto o contrato de franquia não encerre relação de consumo, cuida-se “inegavelmente [de] um contrato de adesão”, pelo que deve observar o disposto no art. 4º, §2º da Lei nº 9.307/1996, o que não teria se ocorrido. Afirmou a Ministra Relatora que, embora o princípio competência-competência confira primazia ao “juízo arbitral para se manifestar acerca de sua própria competência e, inclusive, sobre a validade ou nulidade da cláusula arbitral”, “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”. A seu ver, essa seria precisamente a hipótese dos autos, pelo que reconheceu a nulidade da cláusula compromissória.

5 Como se nota, a competência do Juízo Estatal para “declarar a nulidade” da cláusula compromissória se assentou sobre três premissas: (i) o contrato de franquia seria “inegavelmente um contrato de adesão”; (ii) estariam ausentes “os requisitos legais” previstos no art. 4º, §2º da Lei nº 9.307/1996; e (iii) a “nulidade” da cláusula compromissória, neste caso, seria aferível *prima facie*.

6 Com todas as vênias, todavia, as premissas adotadas para a mitigação do princípio competência-competência estão equivocadas, como se passa a examinar a seguir.

⁴ TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 206784-36.2014.8.26.0000. Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 17.09.2014, v.p.m.

⁵ TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, ED nº 206784-36.2014.8.26.0000. Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 16.03.2015, v.u.

1.1 Qualificação do contrato de franquia

7 Contrato de adesão não encerra tipo contratual, mas técnica de contratação por meio da qual uma das partes estabelece o programa contratual e a outra apenas adere ao quanto previamente definido pelo predisponente. A liberdade do aderente está, em larga medida, limitada à decisão de contratar, não alcançando a definição do conteúdo negocial, que é substancialmente predeterminado pela contraparte.

8 Três são, portanto, as características ontológicas do contrato de adesão: a *predeterminação*, a *unilateralidade* e a *rigidez* do seu conteúdo, que materializam a assimetria de poder negocial entre as partes: cabe a uma das partes a prévia definição das disposições contratuais, enquanto à outra resta aceitar ou recusar o conteúdo contratual como um todo, no estilo “pegar ou largar”.

9 De outro lado, é possível afirmar que, não obstante o contrato seja elaborado exclusivamente por uma das partes, se a contraparte tem o poder de alterá-lo, mas não o faz, assinando-o nos exatos termos em que o recebeu, de contrato de adesão não se trata, e sim de contrato paritário. De fato, inexistindo rigidez do conteúdo predeterminado por uma das partes, não há que se cogitar de contrato de adesão, pelo que se afastam as regras legais protetivas do aderente, notadamente os arts. 423⁶ e 424⁷ do Código Civil (CC), e o art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem. Em casos como esse, pode-se atrair, quando muito, o disposto no art. 113, §1º, IV, CC, segundo o qual:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: [...]

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável.

10 A qualificação do contrato como paritário ou de adesão deve ser feita em concreto, a depender do poder de negociação que o contratante ostente sobre o conteúdo predefinido pelo predisponente, tendo em vista a operação econômica a ser implementada com a celebração do contrato.

⁶ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

⁷ “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

11 Poder de negociação marginal, que não confira à parte a possibilidade de negociar cláusulas essenciais do negócio, não se afigura suficiente para desnaturar o contrato, que continua a ser qualificado como contrato de adesão. No entanto, em relação às cláusulas efetivamente negociadas, afastam-se as normas protetivas, cuja justificativa repousa justamente na assimetria negocial.

12 O contrato de franquia, por sua vez, é tipo contratual, disciplinado pela Lei nº 13.966/2019 (Lei de Franquia), por meio do qual um franqueador autoriza um franqueado

a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta. (Art. 1º)

13 O contrato de franquia viabiliza a criação de um “sistema de franquia”, o que denota a ideia de um conjunto de elementos, concretos ou abstratos, interdependentes e intelectualmente organizados, que interagem para alcançar objetivo comum. O que garante a consecução do objetivo comum do sistema de franquia é a adoção de modelo padronizado de desenvolvimento da atividade pelo franqueado, calcado na autorização, pelo franqueador, do uso de marcas e outros objetos de propriedade intelectual e prestação de serviços de organização empresarial. A padronização é, pois, estruturante do setor, essencial ao funcionamento do sistema de franquia, sem a qual o modelo de negócio não se sustenta. É precisamente por isso que o franqueador estabelece unilateralmente as regras da franquia; os franqueados organizarão a sua empresa conforme as diretrizes definidas pelo franqueador.

14 É, em boa parte, decorrência da necessidade de o franqueado seguir o modelo padronizado para que se garanta o bom funcionamento do sistema de franquia, que a Lei nº 13.966/2019 impõe ao franqueador o fornecimento ao candidato da Circular de Oferta de Franquia (COF), que deve conter todas as informações constantes do extenso rol do art. 2º. O escopo da norma é permitir que o candidato seja informado previamente acerca das características da franquia prospectada, que deverão ser imperiosamente observadas por todos os franqueados da rede.

15 A COF deverá ser acompanhada, ainda, de “modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos, condições e prazos de validade” (art. 2º, XVI). Cuida-se de minuta do contrato de franquia, elaborada unilateralmente pelo franqueador, que conterá obrigatoriamente um punhado de cláusulas rígidas, inalteráveis pelo franqueado, que visam justamente manter a

uniformidade da atividade a ser desenvolvida. Daí não se pode inferir, todavia, que o contrato de franquia seja celebrado necessariamente por adesão.

16 Com efeito, o contrato de franquia, assim como qualquer outro tipo contratual, pode ser negociado ou celebrado por adesão. O fato de ser estruturante do modelo de negócio a padronização e a unidade de práticas a serem adotadas pelos franqueados não implica que o candidato não tenha poder de negociação em relação a cláusulas que não conformem a identidade da franquia. Ao contrário.

17 Em primeiro lugar, a Lei nº 13.966/2019 reconhece que o contrato de franquia estrutura “sistema de franquia *empresarial*, [...] sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento” (art. 1º, grifou-se). Cuida-se, portanto, de relação empresarial.

18 As relações empresariais se presumem paritárias, presunção que só se afasta em presença de “elementos concretos” que o justifiquem, nos termos do art. 421-A, CC.⁸ A atribuição, pela lei, de obrigação ao franqueador de apresentar minuta do contrato ao candidato não constitui elemento concreto capaz, por si só, de afastar a presunção de paridade. Tampouco a presença de logotipo do franqueador no contrato de franquia encerra elemento suficiente a atestar a suposta natureza adesiva, ao contrário do que restou consignado na decisão a que se refere este Capítulo.

19 Como já se pontuou linhas acima, o único efeito legal que se extrai exclusivamente da redação unilateral de cláusula contratual é que se lhe deve atribuir o sentido “mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo” (art. 113, §1º, IV, CC). A forma de celebração por adesão requer mais do que a redação unilateral, requer a rigidez do conteúdo, que só pode ser aferida examinando os fatos do caso concreto, a forma como se desenvolveu a fase das tratativas, como se ultimou a celebração do contrato e a integralidade do seu conteúdo.⁹

20 Nesse cenário, não obstante as partes possam não estar exatamente no mesmo patamar em razão do próprio mecanismo de funcionamento do sistema

⁸ “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

⁹ “Muito embora a lei de franquia determine a apresentação de modelo do ‘contrato-padrão’, ela não veda seu imediato ajuste, ou realização de posteriores aditamentos e até mesmo alterações decorrentes de negociação, segundo condições específicas entabuladas pelas partes ou por solicitação do candidato/promissário franqueado” (SANTOS, Alexandre David. *Comentários à Nova Lei de Franquia*: Lei nº 13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2023. p. 182).

de franquia, é possível afirmar que, de regra, o contrato de franquia, celebrado entre partes empresárias, se presume paritário, cabendo ao franqueado o ônus de provar, por meio de elementos concretos, que o seu contrato foi celebrado por adesão.

21 Tratando-se de contrato paritário, nenhum óbice há à plena eficácia da cláusula compromissória, cuja inserção no contrato decorrerá do livre exercício da autonomia privada das partes, conforme ratifica o próprio art. 7º, §1º da Lei nº 13.966/2019, que dispõe:

As partes poderão eleger juízo arbitral para solução de controvérsias relacionadas ao contrato de franquia.

22 De outro lado, desincumbindo-se o franqueado do ônus de provar, com base em elementos concretos da sua específica relação contratual, que celebrou o contrato por adesão, ganha relevância o art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem, segundo o qual:

Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

23 Como se nota, o dispositivo estabelece fator de eficácia para a cláusula compromissória em contratos de adesão, que pode ser aferido por diferentes meios, como se analisará no item a seguir.

1.2 Meios de implementação do fator de eficácia da cláusula compromissória em contratos de franquia celebrados por adesão

24 Preliminarmente, cumpre pontuar que o art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem não estabelece requisito de validade para a cláusula compromissória inserida em contrato de adesão, razão pela qual não se pode cogitar de nulidade de cláusula desconforme com o quanto nele previsto. Isso, porque os requisitos de validade se referem a características dos elementos do negócio jurídico que compõem a sua estrutura, e são aferidos “no momento em que se faz jurídico o suporte

fático”,¹⁰ isto é, no momento da emissão da vontade. Não é o que se observa a partir da redação do referido dispositivo.

25 De fato, o próprio art. 4º, §2º indica, corretamente, que a inobservância do comando legal conduz à ineficácia da cláusula, a revelar que endereça fatores de eficácia. A cláusula compromissória inserida em contrato de adesão será, por conseguinte, válida se observar os requisitos de validade exigidos para toda e qualquer cláusula compromissória – veja-se art. 4º, §1º –,¹¹ e assim permanecerá, afinal, “[s]ó há invalidades originárias. O negócio que nasce válido é válido para sempre. Pode extinguir-se, por qualquer causa, mas não se pode mais suscitar a questão da validade”.¹²

26 Se assim o é, observado o requisito de validade previsto no art. 4º, §1º, a cláusula compromissória é válida, e eventual obstáculo à instauração do procedimento arbitral envolvendo disputas relacionadas a contrato de adesão por inobservância do disposto no §2º se coloca no plano da eficácia da cláusula em face do aderente.¹³

27 Como já se pontuou, o que identifica a relação contratual por adesão e justifica a atuação protetiva do legislador “não é tanto a diferença econômica entre as partes, mas o poder de estabelecer unilateralmente as cláusulas que farão parte do instrumento contratual”.¹⁴ É essa *ratio* que também lastreia a exigência contida no §2º, que se justifica com ainda mais razão considerando-se a relevância da autonomia privada para a celebração de cláusula compromissória. E a análise dos fatores de eficácia previstos no dispositivo corrobora que todos eles visam, justamente, aferir a efetiva concordância do aderente com a jurisdição arbitral, a revelar o livre exercício da sua autonomia privada.¹⁵

¹⁰ É o que afirma Pontes de Miranda: “A distinção entre nulidade e ineficácia é assente na distinção entre validade e eficácia, depois que a ciência do direito apurou, a fundo, que a defeituosidade não se confunde com a falta de requisitos para a irradiação de efeitos. Toda validade se liga ao momento em que se faz jurídico o suporte fático; toda eficácia será produção da juridicidade do fato jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4. p. 78).

¹¹ “Art. 4º [...] §1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 314. No mesmo sentido: “De fato, se o ato surge válido, não se costuma admitir invalidade posterior, nem mesmo diante da superveniência de lei nova. A hipótese será, então, de ineficácia superveniente, em decorrência da aplicação de outros institutos (pense-se na resolução contratual por excessiva onerosidade ou por inadimplemento absoluto, por exemplo)” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos dos atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*, ano 6, n. 1, 2017. p. 12).

¹³ É de se notar que a cláusula compromissória é plenamente eficaz em face do predisponente, desde a celebração do contrato.

¹⁴ AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 115.

¹⁵ A ratificar o escopo da norma, confira-se: “[o] art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem não veda a utilização da arbitragem para resolver litígios decorrentes de contratos de adesão, mas estabelece requisitos adicionais

28 De fato, para que a cláusula compromissória produza efeitos em face do aderente, exige a Lei de Arbitragem, alternativamente, (i) que “o aderente tom[e] a iniciativa de instituir a arbitragem”; ou (ii) que o aderente “concord[e], expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

29 Em ambos os casos, resta inequívoca a concordância do aderente com a cláusula compromissória, (i) seja por tomar a iniciativa para a instauração da arbitragem, (ii) seja por assim se manifestar (a) por escrito em documento anexo ao contrato ou (b) por meio de sua assinatura ou visto apostado em cláusula compromissória negritada.

30 Não se pode, todavia, afastar a possibilidade de se aferir a concordância inequívoca do aderente por outros meios além dos expressamente referidos pelo legislador. Sendo isso possível, há de se conferir plena eficácia à cláusula compromissória, obrigando igualmente ambas as partes a submeter suas disputas à arbitragem, ainda que não tenham sido observados os específicos fatores de eficácia elencados exemplificativamente pelo legislador.

31 Em definitivo, o aderente que, após manifestar por outros meios sua concordância com a cláusula compromissória, alega a inobservância do art. 4º, §2º a fim de afastar a jurisdição arbitral e atrair a estatal, vai de encontro à força obrigatória da cláusula, que já se tornara plenamente eficaz em relação a ele.

32 Posto referida justificativa seja definitiva para obstar qualquer tentativa do aderente de se esquivar dos efeitos da cláusula, reforça o argumento a constatação de que o contratante que assim atua infringe os ditames da boa-fé objetiva, violando a legítima expectativa do predisponente. A aquiescência inequívoca do aderente, por outros meios, com a cláusula compromissória, gera no predisponente a legítima expectativa de que a contraparte a reputará, a partir de então, plenamente eficaz, o que resta violado diante da investida contra a força vinculante da cláusula sob a formalista e infundada alegação de incumprimento do disposto no art. 4º, §2º.¹⁶

para a eficácia da cláusula compromissória, visando assegurar que a escolha pela arbitragem seja fruto da vontade livre e consciente da parte presumivelmente mais vulnerável da relação: o aderente” (COELHO, Eleonora; HADDAD, Ana Olivia Antunes; OLIVEIRA, Louise Maia de. In: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana Cerqueira de (Coord.). *Lei de Arbitragem Comentada*: Lei nº 9.307/1996. São Paulo: Thomson Reuters, 2023. p. 101).

¹⁶ Em raciocínio semelhante, mas no plano da validade, e não da eficácia, confira-se: “[...] quando se veda a arguição de invalidade, não se protege a expectativa, ou a esperança, de que o direito iria tratar o negócio como válido; essa esperança nunca é digna de proteção, como já derivo do art. 3º da LINDB. Capaz de ser protegida é apenas expectativa de que a outra parte trate o negócio como válido e irá continuar fazê-lo” (SCHMIDT, Jan Peter. Alegação de invalidade como comportamento contraditório proibido? Comentários ao Acórdão do REsp 1.461.301/MT. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 3, v. 7, abr./jun. 2016. p. 428).

33 Consta-se, portanto, que não apenas a eventual qualificação do contrato de franquia como contrato de adesão requer análise minuciosa do caso concreto, a partir de elementos objetivos que o demonstre, como também a própria aferição da configuração do fator de eficácia da cláusula compromissória em face do aderente pode exigir exame muito mais acurado do que a mera constatação da presença de cláusula negritada ou documento anexo assinado ou rubricado, ou, ainda, da iniciativa do aderente de instituir a arbitragem. E essa conclusão impacta, de forma decisiva, a definição da competência para decidir acerca da eficácia da cláusula compromissória constante de contrato de franquia, como se passa a demonstrar.

1.3 Competência do Tribunal Arbitral: inexistência de patologia reconhecível *prima facie*

34 Nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem, cabe “ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Cuida-se da positivação do princípio competência-competência, que atribui ao árbitro poderes para regular os seus próprios poderes.

35 Excepcionalmente, admite-se que o Poder Judiciário examine a validade e a eficácia da cláusula compromissória antes de proferida a sentença arbitral, nas hipóteses em que a invalidade ou a ineficácia da cláusula é manifesta, “reconhecível *prima facie*, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame”.¹⁷ Trata-se de hipótese em que a cláusula se revela teratológica, o que é aferível a partir de cognição sumária. Não sendo esse o caso, havendo necessidade de dilação probatória, caberá ao árbitro examinar a validade e eficácia da cláusula compromissória e decidir acerca da sua própria competência.

36 No caso em análise, a alegação de ineficácia de cláusula compromissória inserida em contrato de franquia, ao argumento de que (*i*) sua celebração se deu

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 177. Nas palavras do autor: “Emanuel Gaillard sugere que o juiz só possa declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível *prima facie*, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame. Parece que o ilustre professor parisiense tem razão, já que a limitação da cognição do juiz apenas a aspectos que desde logo pode detectar, sem maiores indagações (cognição sumária, portanto), harmoniza-se com o princípio da Kompetenz-Kompetenz adotado pela Lei. Se assim for, poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral”.

por adesão e (ii) não foram observados os fatores de eficácia do art. 4^a, §2^o, está longe de ser “reconhecível *prima facie*”.

37 Como se demonstrou – e convém repetir –, o contrato de franquia não é necessariamente contrato de adesão, e a análise acerca da forma de sua celebração requer exame detido dos fatos, sobretudo daqueles relativos à fase das negociações e à conclusão do contrato, bem como da integralidade do contrato. Da mesma forma, ainda que o contrato tenha sido efetivamente celebrado por adesão, a inexistência de cláusula negritada e assinada ou rubricada, ou de documento anexo, ou de iniciativa do aderente para instituição da arbitragem não prova que a cláusula compromissória não seja eficaz. O fator de eficácia da cláusula em face do aderente é a sua inequívoca manifestação de vontade concorde com a arbitragem, o que pode se aperfeiçoar por meios diversos daqueles elencados exemplificativamente pelo legislador no art. 4^o, §2^o.

38 Afigura-se inquestionável, portanto, que a qualificação do contrato de franquia como contrato de adesão e a ausência de fator de eficácia da cláusula compromissória face ao aderente não são questões reconhecíveis *prima facie*, não havendo ineficácia manifesta da cláusula.

39 Por conseguinte, alegada a ineficácia da cláusula compromissória ao argumento de o contrato de franquia ter sido celebrado por adesão e de não ter observado o disposto no art. 4^o, §2^o da Lei de Arbitragem, compete ao árbitro proceder à análise, inexistindo, de regra, circunstância que autorize excepcionar o princípio competência-competência.

2 O franqueador tem o dever de informar previamente o candidato a franqueado sobre os custos da arbitragem?

40 A questão formulada, assim como a que se enfrentará no Capítulo 3 deste parecer, tem sido objeto de diversas decisões judiciais,¹⁸ dentre as quais se destaca a proferida, em 1^o.6.2022, pela 1^a Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) no âmbito da Ap. Cível nº 1003513-24.2020.8.26.0271, relatada pelo Des. Alexandre Lazzarini.

41 De forma bastante singela e no que interessa a esta análise, tratava-se, na origem, de ação declaratória de nulidade de contrato de franquia, sob o fundamento de que a cláusula compromissória seria patológica por obrigar o franqueado a se submeter a solução pela negociação direta, mediação e arbitragem, o que violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

¹⁸ Veja-se, a título de exemplo: TJSP, 2^a Câmara Reservada de Direito Empresarial, Ap. Cível nº 1131844-28.2015.8.26.0100. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 30.11.2017, v.u.

42 Em sentença, reconheceu-se a incompetência absoluta do Juízo e julgou-se extinto o feito, sem resolução do mérito. Entendeu-se que não haveria razão para flexibilizar “o princípio do *pacta sunt servanda*, uma vez que a escolha de árbitros para solução dos eventuais conflitos contratuais [teria sido] exteriorizada com absoluta transparência, revelando completa exclusão da jurisdição estatal [...]”, e que caberia “ao árbitro o poder de decidir sobre a própria competência”.¹⁹

43 O franqueado apelou da decisão, alegando, em síntese, que as custas da arbitragem seriam exorbitantes, o que inviabilizaria a solução das controvérsias havidas entre as partes por essa via. Aduziu, ainda, que caberia ao franqueador, “utilizando-se de sua expertise, alertar o candidato a franqueado, hipossuficiente técnico, das implicações e principalmente custos da obrigatoriedade em forma de adesão à cláusula arbitral”. E afirmou que nada lhe teria sido informado, “pois se o tivesse feito, a parte apelante jamais teria se tornado franqueada”.

44 O TJSP deu provimento à apelação para afastar a extinção do processo, anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito. O Tribunal qualificou a cláusula compromissória como patológica por dois fundamentos: (i) ausência de informações prestadas pelo franqueador sobre os custos da arbitragem, o que violaria o princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC);²⁰ e (ii) impecuniosidade da arbitragem, já que o franqueado não teria recursos para arcar com seus custos. Ao fim, excepcionando o princípio competência-competência, o TJSP declarou a invalidade da cláusula compromissória.

45 Quanto ao primeiro fundamento, aduziu-se no acórdão que a “informação e o esclarecimento das condições do contrato de franquia, são fatores de validade da própria relação contratual”. Nessa direção, afirmou-se que “[s]ão com as adequadas informações e, portanto, dando-se o devido esclarecimento e a devida transparência as condições contratuais estabelecidas, que depende a adequada formação da vontade, garantindo-se que este seja manifestada com o bom entendimento, de modo a autorizar a prevalência do princípio da autonomia da vontade e o consequente princípio da obrigatoriedade do contrato (“*pacta sunt servanda*”). [...] E, também, no caso da cláusula compromissória (que, embora acessória, é autônoma em relação ao contrato de franquia), a devida informação é necessária para a sua validade. [...] Assim, sem a devida informação quanto ao custo de uma arbitragem, não há como se validar a cláusula compromissória”.

46 A fundamentação da decisão revela que, no entender da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, o franqueador tem o dever pré-contratual

¹⁹ 1ª Vara Cível da Comarca de Itapevi, Processo nº 1003513-24.2020.8.26.0271, Juíza de Direito Daniele Machado Toledo, j. 26.07.2021.

²⁰ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

de informar o candidato a franqueado sobre os custos da solução de controvérsias pela via arbitral, cuja violação acarretaria a invalidade do contrato.

47 Embora a decisão não tenha qualificado a espécie de anulabilidade que restaria configurada, a argumentação desenvolvida faz crer que se estaria diante de dolo por omissão,²¹ cuja configuração requer justamente a violação de dever de informar na fase pré-contratual.²²

48 De fato, “o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado” pode perturbar a manifestação de vontade do declarante e viciar o seu consentimento, nos termos do art. 147, CC.²³

49 Não é, contudo, a omissão de qualquer informação que configurará o dolo por omissão. Como explica Carlos Nelson Konder, “para que se configure o dolo negativo, ou por omissão, é necessário que fosse exigível que o declaratório silente informasse sobre aquele fato ou qualidade que era ignorado. Este dever de informar pode até ser imposto pela lei de forma específica, como ocorre, por exemplo, quanto ao contrato de seguro, mas normalmente é uma decorrência da interpretação do princípio da boa-fé”.²⁴

50 E conclui o autor: “a “ melhor doutrina vem destacando que o dever de informar é limitado pela função do contrato e pelo conhecimento do agente. Só se pode exigir que sejam fornecidas as informações necessárias para a função do negócio – por exemplo, na aquisição de um bem, sua adequada fruição – e que ainda não sejam – ou não devam ser – de conhecimento da outra parte. A boa-fé é princípio que, mesmo em relações desequilibradas como as de consumo, se aplica a ambas as partes, e assim seria abusivo, por sua vez, impugnar um negócio pela ausência de uma informação que não estivesse diretamente vinculada ao negócio *ou que já devesse ser de conhecimento da outra parte*”.²⁵

²¹ Convém lembrar que, no dolo por omissão, o declarante tem o prazo decadencial de 4 anos, contado do dia em que celebrou o negócio jurídico, para pleitear sua anulação, nos termos do art. 178, II, CC: “Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: [...] II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico”.

²² Conforme Giovana Benetti, “[p]or integrar o suporte fático de incidência do referido dispositivo [art. 147, CC], a violação ao dever de informar consiste em elemento específico, caracterizador da omissão dolosa” (BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin Brasil, 2019. p. 176).

²³ “Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”.

²⁴ KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo (Coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 621.

²⁵ KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo (Coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 622 (grifou-se).

51 O dever de informação convive, portanto, com o *ônus de autoinformação*, expressão do dever geral de diligência que a todos incumbe para tutela e promoção de interesses próprios. Referido dever não se impõe de maneira uniforme a todos, mas ostenta diferentes graus conforme as circunstâncias do caso concreto, dentre as quais se destacam aquelas relativas aos meios disponíveis para obtenção da informação mediante esforços razoáveis: se é possível ao agente obter a informação adotando esforços razoáveis e padrão médio de diligência, mas não o faz, suportará as consequências adversas da sua conduta negligente.

52 A delimitação do dever de informação não prescinde da análise do ônus de autoinformação. Cuida-se de situações jurídicas subjetivas opostas e complementares, cujas abrangências são dinâmicas e inversamente proporcionais: quanto mais extenso é o dever de informação em determinada relação, mais limitado é o ônus de autoinformação, e vice-versa; quanto mais uma dessas situações jurídicas subjetivas se expande em razão das circunstâncias do caso concreto, mais a outra se retrai, de modo que a informação que está abarcada por uma, não é alcançada pela outra.

53 Esclarecidas as bases jurídicas, é possível afirmar que o dever de informação imposto ao franqueador na fase pré-contratual não ostenta a extensão que o acórdão lhe conferiu. Encerra ônus do candidato a franqueado se autoinformar acerca dos custos relativos à solução de controvérsias via arbitragem, ainda que o contrato seja celebrado por adesão.

54 A Lei nº 13.966/2019 estabelece, no art. 2º, amplo rol de informações comerciais, jurídicas e financeiras a serem prestadas pelo franqueador ao candidato a franqueado, todas elas relativas ao negócio. O objetivo da lei, como já salientado, é permitir que o candidato obtenha previamente todas as informações relevantes acerca da franquia para que, conhecendo seus riscos e vantagens, possa decidir se deseja celebrar o contrato de forma livre e esclarecida.²⁶

55 Com efeito, não obstante a lei imponha ao franqueador dever de informação qualificado, seu conteúdo é bem delimitado, circunscrevendo-se aos dados relativos à franquia necessários e suficientes para que o candidato tome a sua decisão com conhecimento de causa.

56 O dever de informação assume, portanto, caráter instrumental: a franqueadora informa o candidato *para que* manifeste o seu consentimento de forma livre e esclarecida.

²⁶ “O objetivo da lei, tanto da antiga, já revogada, como da nova, em resumo, é de criar ao interessado condições de avaliação prévia do negócio com informações necessárias e prazo suficiente para consultar advogados e profissionais especialistas a respeito do negócio objeto da franquia, proporcionando-lhe conhecer os riscos e as vantagens antes de tomar a decisão e efetuar pagamento” (SANTOS, Alexandre David. *Comentários à nova Lei de Franquia*: Lei nº 13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2023. p. 74).

57 Ao propósito, salta aos olhos o fato de o art. 7º, §1º da Lei nº 13.966/2019 prever expressamente a possibilidade de as partes elegerem o juízo arbitral para solução de controvérsias relacionadas ao contrato de franquia sem, contudo, atribuir ao franqueador o dever de informar o candidato acerca dos custos nos quais poderá incorrer com o procedimento.

58 O silêncio é eloquente: não há nada de peculiar ou singular nos custos de arbitragens envolvendo disputas relativas a contratos de franquia que justifique a atribuição ao franqueador de um dever de informá-los ao candidato; houvesse alguma especificidade digna de nota, teria o legislador atribuído ao franqueador mais esse dever de informação, ao lado de todos os outros previstos na lei.

59 Se assim o é, nada havendo de peculiar ou singular em relação aos custos de arbitragens envolvendo contratos de franquia, aplicam-se as regras gerais relativas à celebração de cláusulas compromissórias, que não impõem a qualquer das partes o dever de informar a contraparte acerca dos custos da solução via arbitragem. Nem mesmo a boa-fé objetiva tem o condão de imputar ao franqueador um tal dever.

60 De fato, como esclarece Judith Martins-Costa, “[o] conteúdo e a extensão da informação devida são determináveis apenas em vista de um propósito de elementos contextualmente enquadrados. Por essa razão, no exame do caso concreto, devem ser averiguados e entrecruzados (i) *elementos fáticos subjetivos* (ligados à pessoa dos envolvidos, tais como a sua possibilidade de acesso à informação; bem como à presunção, ou não, de assimetria informacional entre as partes); (ii) *elementos normativos* (tais como os usos do tráfico jurídico, a presença, ou não, de um dever legal e/ou contratual de informar) e (iii) *elementos fáticos objetivos* (v.g., a aceitabilidade, conforme a relação, de assumir-se o risco de ‘jogadas equivocadas’, como é próprio das relações interempresariais, o cuidado prévio revelado pela realização de *due diligence*, ou a sua negligência, etc.)”.²⁷

61 Analisando a questão posta à luz dos parâmetros traçados pela autora, têm-se que:

- (i) *elementos fáticos subjetivos*: conquanto as partes possam não estar exatamente no mesmo patamar em razão do próprio mecanismo de funcionamento do sistema de franquia, os contratos de franquia são, de regra, paritários, e prevalece o princípio da intervenção mínima (art. 421, parágrafo único, CC).²⁸

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 535 (grifou-se).

²⁸ “Art. 421. [...] Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Ainda que se trate de contrato celebrado por adesão, o aderente não é consumidor. O aderente é profissional, é empresário em prospecção de negócio, pelo que dele se espera maturidade para atuar no ramo empresarial e grau de diligência compatível com aquela adotada por quem está em vias de realizar investimento em novo projeto. O candidato a franqueado conta com o prazo mínimo de 10 dias para estudar e analisar a Circular de Oferta de Franquia.²⁹ Se, durante a sua análise, verifica a previsão de cláusula compromissória e desconhece seus custos, a conduta que dele se espera como empresário diligente é que busque tais informações, facilmente acessíveis em todos os sítios eletrônicos das instituições que administram procedimentos arbitrais. Mesmo que se trate de arbitragem *ad hoc*, há diversas fontes de informações que possibilitam que o candidato a franqueado dimensione seus custos.

- (ii) *elementos normativos*: não existe dever legal de informar a contraparte sobre os custos da arbitragem e tampouco os usos do tráfico empresarial o impõem; e
- (iii) *elementos fáticos objetivos*: a decisão de celebrar cláusula compromissória, seja no contexto de contrato de franquia ou de qualquer outro tipo contratual, se insere na análise dos custos de transação por cada uma das partes – que deve levar em conta, de um lado, as vantagens oferecidas pela arbitragem e, de outro, os custos (gastos) envolvidos –, e compõe a delicada alocação de riscos contratuais.

Mesmo no contrato celebrado por adesão, a cláusula compromissória só é eficaz em face do aderente caso com ela consinta expressamente, o que denota que dele se espera que reflita especificamente sobre a solução pela via arbitral, ponderando seus custos com suas vantagens no contexto do contrato de franquia. Se, ao fim dessa análise que se espera de empresário diligente, o candidato entender que os riscos e os custos a serem assumidos não se justificam frente às chances de ganhos, é livre para não consentir com a cláusula compromissória e, no limite, para não celebrar o contrato de franquia e buscar outro negócio que melhor atenda a suas expectativas. Não se trata de decisão de consumo; trata-se de decisão empresarial que, também em contratos celebrados por adesão, requer do empresário a análise dos riscos e custos previamente à realização do investimento.

²⁹ Lei nº 13.966/2019, art. 2º, XXIII, §1º: “A Circular de Oferta de Franquia deverá 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 a pessoa ligada a este, salvo no caso de licitação ou pré-qualificação promovida por órgão ou entidade pública, caso em que a Circular de Oferta de Franquia será divulgada logo no início do processo de seleção”.

62 Cabe, pois, ao candidato a franqueado se autoinformar acerca dos custos da arbitragem, ainda que o contrato seja celebrado por adesão. Não se pode pretender conferir maior elastério ao dever de informação do que aquele previsto na própria Lei de Franquia e que decorre da boa-fé objetiva, a fim de impor ao franqueador a dação de informação que pode ser facilmente obtida pelo próprio candidato a franqueado aderente, empresário diligente que deve ser. Semelhante postura revelaria, neste aspecto, injustificado paternalismo jurídico, que não deve prevalecer.

63 Em definitivo, “o quantum informativo é questão de grau: não há dever jurídico de dação de informação ilimitada”.³⁰ E, no caso em análise, a informação acerca dos custos da solução de controvérsias pela via da arbitragem não se insere no escopo do dever de informação atribuído ao franqueador,³¹ mas é abarcada pelo ônus de autoinformação do candidato, seja no âmbito de contrato paritário, seja no âmbito de contrato celebrado por adesão.

3 A quem compete analisar a validade e a eficácia de cláusula compromissória diante de alegação de impecuniosidade da arbitragem?

64 O segundo fundamento aduzido pelo acórdão do TJSP para invalidar a cláusula compromissória, excepcionando o princípio competência-competência, consistiu na impecuniosidade da arbitragem, configurada diante da incapacidade financeira de uma das partes signatárias da cláusula compromissória para arcar com os valores necessários à condução do procedimento arbitral.

65 A questão é, de fato, tormentosa. Em linhas gerais, de um lado, argui-se o direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, Constituição da República),³² a fim de afastar não propriamente a validade, mas a eficácia da cláusula compromissória; de outro, suscita-se o *pacta sunt servanda*, que não seria excepcionado pela incapacidade financeira da parte, aspecto subjetivo atinente apenas ao patrimônio da signatária e não ao objeto da cláusula compromissória, razão pela qual não conformaria suporte fático de impossibilidade da prestação.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 535.

³¹ Nesse sentido: TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2022475-86.2018.8.26.0000. Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 30.7.2018, v.u.

³² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

66 O ponto a ser enfrentado neste Capítulo, todavia, é outro. Cuida-se de identificar o juízo competente para analisar se, no caso concreto, a impecuniosidade está configurada e, em caso positivo, para determinar os efeitos daí decorrentes.

67 O tema, como se nota, não envolve qualquer peculiaridade dos contratos de franquia, tratando-se de questão para a qual há uma única resposta independentemente da natureza da disputa: por força do princípio competência-competência, cabe ao árbitro decidir se está configurada a impecuniosidade e definir os eventuais impactos sobre a cláusula compromissória.

68 Isso, porque, como já se observou, excepciona-se o princípio competência-competência tão somente diante de cláusula compromissória teratológica, manifestamente inválida ou ineficaz, cujo vício é aferível *prima facie*, isto é, em cognição sumária, sem necessidade de dilação probatória. E a eventual impecuniosidade da arbitragem não permite qualificar a cláusula compromissória como patológica *prima facie*.

69 A ausência de recursos da parte signatária é questão factual e subjetiva, atinente exclusivamente à sua esfera jurídica, e não conduz à teratologia superveniente de cláusula compromissória celebrada de forma válida e eficaz.

70 A prova da impecuniosidade não é singela e, de regra, não se faz em sede de cognição sumária. É preciso analisar se a parte signatária é, realmente, incapaz de arcar com os custos da arbitragem por não ter recursos. Não basta, portanto, a mera alegação de dificuldade financeira; mister prova robusta dos fatos e das circunstâncias da parte que atestem a efetiva inviabilidade de suportar os custos do procedimento arbitral.

71 Ademais, ainda que a parte consiga provar ser inviável arcar com os dispêndios da arbitragem, isso não qualifica a cláusula compromissória como manifestamente patológica *per se*. De fato, por imposição da própria força obrigatória da cláusula compromissória, há alternativas para a impecuniosidade que devem ser consideradas, a exemplo do financiamento da arbitragem por terceiros, do parcelamento das custas, do pagamento da integralidade dos valores pela contraparte.

72 Nesse cenário, afigura-se inequívoco que a alegação de impecuniosidade não é passível de análise em cognição sumária, e que tampouco seu eventual reconhecimento tem o condão de converter cláusula válida e eficaz em cláusula manifestamente patológica, teratológica e imprestável à finalidade para a qual foi celebrada.

73 Precisamente por isso, mantém-se hígido o princípio competência-competência, e cabe ao árbitro aferir a configuração da impecuniosidade e determinar os eventuais efeitos dela decorrentes, razão pela qual a parte signatária está obrigada a submeter suas alegações, em primeiro lugar, ao juízo arbitral. O juízo estatal poderá ser chamado a atuar, se o caso, *a posteriori*.

III Resposta aos quesitos

A quem compete analisar a validade e a eficácia de cláusula compromissória inserida em contratos de franquia, nas hipóteses em que se alega tratar-se de contrato de adesão que não observou o disposto no art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem?

Por força do princípio competência-competência, compete ao árbitro analisar, em primeiro lugar, a validade e a eficácia de cláusula compromissória inserida em contrato de franquia, inclusive quando se pretende afastar sua eficácia ao argumento de se tratar de contrato de adesão que não observou o disposto no art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem, porquanto trata-se de questão não reconhecível *prima facie*, que não torna a cláusula manifestamente patológica. Isso, porque, nada obstante as partes possam não estar exatamente no mesmo patamar em razão do próprio mecanismo de funcionamento do sistema de franquia, o contrato de franquia se presume paritário, pelo que cabe ao franqueado provar, com base em elementos concretos, que o celebrou por adesão. Ademais, os fatores de eficácia elencados no art. 4º, §2º são meramente exemplificativos, e é possível provar por outros meios a concordância inequívoca do aderente em submeter as disputas havidas entre as partes à solução arbitral.

O franqueador tem o dever de informar previamente o candidato a franqueado sobre os custos da arbitragem?

Não. O dever de informar imposto ao franqueador ostenta escopo bem definido, relativo aos aspectos relevantes da franquia, e se volta a permitir que o candidato a franqueado, conhecendo seus riscos e vantagens, decida se deseja celebrar o contrato de forma livre e esclarecida. As informações acerca dos custos da arbitragem se inserem no âmbito do ônus de autoinformação do candidato, ainda que o contrato seja celebrado por adesão. O aderente é profissional, é empresário em prospecção de negócio, de quem se espera grau de diligência compatível com a conduta de quem está em vias de realizar investimento em negócio novo. Além disso, as informações sobre os custos da arbitragem são facilmente acessíveis, e devem ser sopesadas pelo candidato ao consentir com a cláusula compromissória. No limite, o candidato é livre para não celebrar o contrato de franquia e buscar outro negócio que melhor atenda a suas expectativas.

A quem compete analisar a validade e a eficácia de cláusula compromissória diante de alegação de impecuniosidade da arbitragem?

Por força do princípio competência-competência, compete ao árbitro, em primeiro lugar, analisar a validade e a eficácia de cláusula compromissória diante de alegação de impecuniosidade, bem como determinar os eventuais efeitos decorrentes do seu reconhecimento. A alegação de impecuniosidade não é passível de

análise em cognição sumária, e sua configuração requer que a parte signatária prove ser efetivamente incapaz de arcar com os custos da arbitragem por não ter recursos financeiros. Ademais, o eventual reconhecimento da impecuniosidade não tem o condão de converter, *per se*, cláusula válida e eficaz em cláusula manifestamente patológica, já que há alternativas para superá-la.

Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula compromissória em contratos de franquia: competência para analisar sua validade e eficácia; (in)existência de dever de informação do franqueador acerca dos custos da arbitragem; competência para analisar alegação de impecuniosidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 161-180, out./dez. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.04.009.

Recebido em: 05.12.2023

Aprovado em: 05.12.2023