

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS

ZULMAR ANTONIO FACHIN

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Fabrício Veiga Costa; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-940-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

TEXTO DE APRESENTAÇÃO

GT- 30 – DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

O VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI teve como temática “A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade” e foi realizado em parceria com a Faculdade de Direito de Franca. No grupo de trabalho “Direito Civil Contemporâneo II” foram apresentados trabalhos que trataram dos institutos clássicos do direito civil – pessoa jurídica, personalidade, responsabilidade civil, família, filiação, sucessão, contrato e negócio jurídico – em situações desafiadoras, tais como: neurodiversidade, reprodução humana assistida, gestação por substituição, redes sociais, proteção marcária, proteção das pessoas com deficiência, redes sociais, proteção de dados e sociedade do risco.

Sob a coordenação dos Profs. Dr. Fabrício Veiga Costa (Universidade de Itaúna), Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos (UFRJ) e Dr. Zulmar Antonio Fachin (Centro Universitário de Maringá) o GT 30 realizou-se no dia 26 de junho de 2024 e tem como grande novidade a possibilidade de assisti-lo, a qualquer tempo, pois GT 30 foi gravado e disponibilizado no canal do Conpedi. O GT 30 contou com as participações abaixo descritas.

O trabalho intitulado “A ADOÇÃO DA CRIANÇA ATÍPICA E A RESPONSABILIDADE DOS PAIS FRENTE AO DESENVOLVIMENTO DE SUA PERSONALIDADE: RESPONSABILIDADE CIVIL NA OFENSA A DIREITOS DA PERSONALIDADE” foi elaborado e apresentado pelos pesquisadores Cleber Sanfelici Otero professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Unicesumar, Loiana Massarute Leal e Victor Hugo Vinícios Wichthoff Raniero discentes do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Unicesumar. A pesquisa tem como objetivo o estudo da responsabilidade jurídica dos pais de crianças atípicas, delimitando-se o objeto da pesquisa no âmbito dos princípios da proteção integral e melhor interesse da criança. Ao longo da pesquisa discutiu-se a vulnerabilidade das crianças atípicas e a violação dos direitos da personalidade. Foi proposto o estudo da adoção responsável como forma de garantir a proteção integral das crianças atípicas e, assim, viabilizar o exercício de todos os direitos civis previstos na legislação brasileira vigente.

O trabalho intitulado “A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUA REPERCUSSÃO NOS INSTITUTOS DE FILIAÇÃO E SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO” foi elaborado e apresentado pelos pesquisadores João Delciomar Gatelli e Taciana Marconatto Damo Cervi. A pesquisa teve como objetivo a investigação das técnicas de reprodução medicamente assistida, suas repercussões no campo da bioética, biodireito e, especificamente, no campo do direito fundamental à filiação e do direito sucessório. Inicialmente foram debatidas as proposições teóricas acerca da proteção jurídica do início da vida humana no direito brasileiro vigente, contextualizando com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a proteção jurídica dos direitos da personalidade. A vedação de tratamento discriminatório aos filhos foi um dos pilares para o estudo do direito fundamental à filiação no contexto da utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida. Embora não tenha sido o objeto central da pesquisa, foi ressaltada a necessidade de diferenciar origem genética e direito à filiação. A partir do princípio da isonomia entre os filhos, problematizou-se a necessidade de proteção do direito sucessório dos filhos concebidos a partir da reprodução humana assistida.

O trabalho intitulado “A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE ATRAVÉS DO ACESSO A JUSTIÇA: DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA COMO PROTEÇÃO AOS SEGREDOS DA MARCA POR MEIO DA ARBITRAGEM” foi elaborado e apresentado pelo pesquisador João Lucas Foglietto de Souza discente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Unicesumar. A pesquisa problematiza o debate do acesso à justiça e efetivação dos direitos fundamentais no contexto da cláusula compromissória nos contratos de franquia. O tema foi delimitado no estudo crítico da marca, vista como direito da personalidade, que deverá ser protegido pelo Tribunal de Arbitragem. A relevância do tema fica evidenciada no momento em que o pesquisador propõe um estudo da marca como um direito da personalidade, estabelecendo-se um diálogo estreito com o acesso à justiça no âmbito arbitral. Foi proposto que o processo arbitral corra em segredo de justiça, com o objetivo de proteger dados sensíveis da empresa e da marca, considerados estratégicos para a empresa.

O trabalho intitulado “ARREPENDIMENTO DA GESTANTE POR SUBSTITUIÇÃO: HIPÓTESE DE EXONERAÇÃO ABSOLUTA DE RESPONSABILIDADE?” foi elaborado e apresentado pela pesquisadora Grace Correa Pereira, mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. A pesquisa foi desenvolvida a partir de decisão do Tribunal Constitucional Português e problematizou o debate do arrependimento da gestante por substituição frente à hipótese de exoneração absoluta de responsabilidade. O posicionamento do tribunal foi no sentido de que o arrependimento da gestante por substituição é ineficaz e o efeito dessa

decisão é ex tunc. A pesquisadora apresenta apontamentos crítico-epistemológicos ao entendimento adotado pela Corte Portuguesa, problematizando a necessidade de adoção do efeito ex nunc, especialmente no que atine à responsabilidade civil por perdas e danos, quando o arrependimento se deu em razão da ausência de justa causa.

O trabalho intitulado “HERANÇA DIGITAL: DESAFIOS ÉTICOS E JURÍDICOS NA ERA DA CONECTIVIDADE” foi elaborado e apresentado pelos pesquisadores Mariana Franco Cruz, mestranda do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina e o professor Zulmar Antonio Fachin, coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Os pesquisadores investigaram o fenômeno jurídico-social da herança digital, delimitando-se o espectro analítico no estudo dos desafios éticos e jurídicos na era digital. Debateu-se a proteção de dados, imagem e honra de pessoas falecidas titulares de bens digitais, demonstrando-se a ausência de dispositivos legais específicos a serem aplicados ao tema em questão. Por isso, foi proposto o debate do testamento digital como alternativa viável à proteção dos bens digitais na era da conectividade.

O trabalho intitulado “A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS CAUSADOS À CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELA FALHA DE VERIFICAÇÃO DA IDADE MÍNIMA NO USO DE REDES SOCIAIS” foi elaborado e apresentado pela pesquisadora Ana Carolina Barbosa Gomes, mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. O objetivo da pesquisa foi debater a responsabilidade jurídica decorrente do uso de redes sociais por crianças e adolescentes. A relevância do tema está na problematização dos critérios utilizados para adolescentes cadastrarem contas em redes sociais. Discutiu-se, também, o impacto do uso das redes sociais no desenvolvimento psicossocial de crianças e adolescentes. A pesquisa enalteceu o dano à saúde mental de crianças e adolescentes em razão do uso de redes sociais, propondo-se a responsabilidade civil preventiva das redes sociais e exigindo critérios mais rígidos para a abertura de contas nas respectivas redes sociais.

O trabalho intitulado “BENS DIGITAIS E A TUTELA JURÍDICA DA PERSONALIDADE POST MORTEM: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO AMBIENTE VIRTUAL E OS REFLEXOS DO ART. 14 DO CÓDIGO CIVIL” foi elaborado e apresentado pelos pesquisadores Juliana de Alencar Auler Madeira professora da Faculdade Milton Campos – MG- e Vinícius Brigolini de Souza graduando em Direito da Faculdade Milton Campos. Os pesquisadores investigaram os direitos da personalidade no ambiente virtual, delimitando-se o espectro analítico na proteção dos bens digitais e a tutela da personalidade post mortem. A

problemática proposta é o estudo da proteção de bens digitais de natureza existencial, ou seja, bens imateriais, dados pessoais e autorais post mortem. Discutiram os critérios de tutela jurídica dos bens digitais existenciais no âmbito da privacidade, intimidade, imagem e honra da pessoa humana após o seu falecimento, ou seja, a proteção jurídico-legal do corpo eletrônico e dados informacionais da pessoa humana post mortem.

O trabalho intitulado “DISREGARD DOCTRINE À LUZ DA LAW AND ECONOMICS: A PESSOA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL” foi elaborado e apresentado pelos pesquisadores Fabiano Fernando da Silva, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Adelino Borges Ferreira Filho, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Marília. A pesquisa tem como objeto de investigação o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no contexto da função social da pessoa jurídica, especialmente vista como instrumento de desenvolvimento econômico e social. Problematizou-se o desvio de finalidade, o abuso de direito e a análise econômica do direito para, assim, trazer apontamentos críticos para o estudo do objeto proposto. A estabilidade negocial e a segurança jurídica precisam ser considerados o norte para o desenvolvimento dos objetivos propostos pelas empresas no Brasil, recortando-se o estudo em tela nos princípios da boa-fé objetiva e da função social da empresa.

O trabalho intitulado “RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E A FUNÇÃO PREVENTIVA NA SOCIEDADE DE RISCO” foi elaborado e apresentado pelos pesquisadores Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Londrina), Flávio Henrique Caetano de Paula Maimone (doutorando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Londrina) e Izabella Affonso Costa (doutoranda em direito negocial do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Londrina). A problemática proposta envolve as peculiaridades da responsabilidade civil ambiental e sua função preventiva na sociedade de risco. O ser humano no meio ambiente e a necessidade de sua preservação para a atual e futuras gerações foi a primeira questão abordada na pesquisa. A distinção teórica entre as diversas espécies de responsabilidade civil, contextualizada na seara ambiental, foi a segunda abordagem proposta no presente estudo, evidenciando a dificuldade de comprovação do nexo de causalidade e de definição de critérios objetivos de quantificação do dano. Ao final, foi discutida a função preventiva da responsabilidade civil ambiental, ou seja, a multifuncionalização da responsabilidade civil, no contexto dos princípios da precaução e prevenção.

O trabalho intitulado “A LACUNA DO CONSENTIMENTO PARENTAL PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE ADOLESCENTES A PARTIR DA LEI GERAL

DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)” foi elaborado e apresentado pelas pesquisadoras Alice Rocha da Silva - Camila Bernardes Aniceto de Sousa dos Santos. A pesquisa problematiza a exposição de dados pessoais de adolescentes e sua proteção jurídica no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados. O direito à privacidade, intimidade, imagem e dignidade humana de adolescentes foram parâmetros teóricos utilizados para a condução do debate científico proposto. O artigo 14 da LGPD deve ser compreendido a partir dos princípios da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente, haja vista que os dados dos menores deverão ser geridos em conjunto com seus genitores, ressaltando-se a necessidade de complementação legislativa em razão da existência de lacuna legal. O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescente tem que priorizar a proteção integral, com a criação de dispositivos legais específicos para alcançar a proteção jurídica pretendida.

O trabalho intitulado “O EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE NA CONTEMPORANEIDADE E AS NOVAS FORMAS FAMILIARES” foi elaborado e apresentado pelos pesquisadores Matheus Filipe De Queiroz e Iani Favaro Casagrande, mestrands em direito negocial pela Universidade Estadual de Londrina, e a professora doutora Daniela Braga Paiano. A pesquisa trouxe reflexões jurídicas sobre a parentalidade afetiva como desdobramento dos novos arranjos familiares admitidos e protegidos pelo direito brasileiro vigente. O objetivo inicial da pesquisa foi demonstrar o conceito aberto, plural e democrático das formas legítimas de constituição de família. Delimitou-se o objeto da pesquisa no estudo do exercício do poder parental nos novos modelos de família existentes. Foi ainda discutido na presente pesquisa o fenômeno jurídico-social da multiparentalidade, e sua proteção no âmbito do direito brasileiro vigente. O debate da parentalidade também foi realizado no contexto das famílias poliafetivas, paralelas e multispécies.

O trabalho intitulado “A REPERCUSSÃO DA VULNERABILIDADE NAS DIMENSÕES DA IGUALDADE: do (des)impedimento da prescrição e decadência contra as pessoas com deficiência mental ou intelectual que não possam exprimir vontade” foi elaborado e apresentado pelas pesquisadoras Iara Antunes de Souza, professora do PPGD da Universidade de Ouro Preto e Priscilla Jordanne Silva Oliveira, doutoranda em Direito pela Pucminas. A pesquisa proposta objetivou investigar a contagem de prazo de prescrição e decadência para pessoas com deficiência mental ou intelectual que não possam exprimir vontade. O estudo foi desenvolvido a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do texto da Constituição brasileira de 1988, especificamente o princípio da dignidade da pessoa humana. A igualdade, como corolário da isonomia, equidade e diversidade, foram

referenciais teóricos para o debate crítico do tema proposto, especialmente a proteção integral das pessoas com deficiência mental ou intelectual no que atine a contagem do prazo prescricional e decadencial previsto no Código Civil brasileiro vigente.

O trabalho intitulado “O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO” foi elaborado e apresentado pelos pesquisadores Joel Ricardo Ribeiro De Chaves (mestre pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Sociedade da Informação na FMU), Valdir Rodrigues de Sá (mestre pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Sociedade da Informação na FMU) e Tiago Cappi Janini (professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Sociedade da Informação na FMU). O estudo tem como objetivo correlacionar a proteção jurídica do direito fundamental à privacidade no contexto da sociedade de informação. Foi realizado um estudo histórico-jurídico, objetivando a compreensão sistemática da temática em questão. A proteção dos dados pessoais e a regulamentação jurídico-legal de sua utilização é uma forma de assegurar às pessoas físicas e jurídicas o direito à privacidade, visto como um direito humano, direito fundamental, direito da personalidade. Proteção da vida privada, proteção do domicílio, sigilo de correspondência, sigilo bancário são alguns desdobramentos do direito à privacidade no Estado Democrático de Direito.

O trabalho intitulado “DISTINÇÕES ENTRE A VONTADE NEGOCIAL E A VONTADE CONTRATUAL: ANÁLISE DO ELEMENTO VOLITIVO NO ÂMBITO CIVILISTA” foi elaborado e apresentado pelo pesquisador Paulo Henrique Waltrick Barbosa mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. A pesquisa apresentada tem como objetivo geral o estudo do elemento volitivo no âmbito do negócio jurídico, recortando-se o espectro analítico no estudo da equidade e da segurança jurídica. A vontade negocial e contratual é critério de validade e efetividade do negócio jurídico, questão essa bastante abordada pela pesquisa apresentada.

Fabício Veiga Costa

Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna –MG-. Doutorado e mestrado em Direito. Pós-doutorado em Educação, Psicologia e Direito. Especializações em Direito Processual, Direito de Família e Direito Educacional.

Daniela Silva Fontoura de Barcellos

Coordenadora do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Zulmar Antonio Fachin

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Presidente do IDCC.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE ATRAVÉS DO ACESSO A JUSTIÇA: DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA COMO PROTEÇÃO AOS SEGREDOS DA MARCA POR MEIO DA ARBITRAGEM

THE EFFECTIVENESS OF PERSONALITY RIGHTS THROUGH ACCESS TO JUSTICE: THE ARBITRATION CLAUSE IN FRANCHISE AGREEMENTS AS PROTECTION OF BRAND SECRETS THROUGH ARBITRATION

João Lucas Foglietto de Souza ¹

Resumo

Com a expansão das franquias, um modelo complexo e inovador, a jurisdição estatal convencional encontra dificuldades em oferecer respostas eficazes aos conflitos deste setor. Como resultado, a arbitragem tornou-se uma tendência para resolver litígios oriundos desta modalidade contratual, suprimindo melhor as expectativas das partes envolvidas. Este trabalho discute a incidência da jurisdição arbitral em litígios de contratos de franquia, pactuada através da cláusula compromissória, e a importância de preservar o direito de acesso à justiça na operacionalização desta metodologia processual. São abordados conceitos de ambos os institutos, destacando as principais vantagens da arbitragem segundo a doutrina específica. Também são expostas, de maneira sucinta, as obrigações do franqueador e franqueado nos contratos de franquia, demonstrando a possibilidade de pactuação da arbitragem mediante cláusula compromissória, desde que obedecidos os requisitos legais mínimos de validade. O escopo central da explanação, após descrever as principais vantagens apontadas pela doutrina quando as partes optam pela arbitragem, é destacar que, valendo-se deste modelo privado, o sistema de franquia resguarda-se da exposição de seus segredos comerciais devido ao princípio do sigilo e confidencialidade, em oposição à publicidade estatal.

Palavras-chave: Arbitragem, Acesso à justiça, Franquia, Segredos comerciais, Direitos da personalidade

Abstract/Resumen/Résumé

With the expansion of franchises, a complex and innovative model, conventional state jurisdiction faces difficulties in providing effective responses to conflicts in this sector. As a result, arbitration has become a trend in resolving disputes arising from this contractual modality, better meeting the expectations of the parties involved. This paper discusses the incidence of arbitral jurisdiction in franchise contract disputes, agreed upon through the arbitration clause, and the importance of preserving the right of access to justice in the operationalization of this procedural methodology. The concepts of both institutes are addressed, highlighting the main advantages of arbitration according to the specific doctrine.

¹ Doutorando em Direito - UniCesumar; Mestre em Ciências Jurídicas - UniCesumar; Pós-graduado em Direito Civil Contemporâneo - UEM; Professor de Direito Faculdade Maringá - CESPAP

The obligations of the franchisor and franchisee in franchise contracts are also briefly explained, demonstrating the possibility of agreeing on arbitration through an arbitration clause, provided that the minimum legal requirements for validity are met. The central scope of the explanation, after describing the main advantages pointed out by the doctrine when the parties opt for arbitration, is to highlight that, by using this private model, the franchise system protects itself from the exposure of its trade secrets due to the principle of secrecy and confidentiality, as opposed to state publicity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Access to justice, Franchise, Trade secrets, Personality rights

INTRODUÇÃO

Com a modernização e globalização da sociedade, as atividades comerciais estão ficando cada vez mais competitivas e carentes de inovações para que um estabelecimento, marca ou qualquer outro tipo de fornecedor possa se destacar no mercado e continuar gerando lucro. Diante deste cenário, o modelo de franquia, aquele pelo qual o franqueado paga uma contraprestação periódica ao franqueador, geralmente uma marca já estabelecida, em troca de maiores garantias de sucesso no mercado, vem crescendo exponencialmente.

Em se tratando de assunto trivial da pesquisa, haverá maiores explicações do sistema, mas adianta-se que o franqueado se vale do *modus operandi* do franqueador, já instituído e consolidado, para se destacar no mercado, sendo que o maior atrativo deste contrato é a exclusividade com a qual o franqueado receberá as informações que garantem o sucesso da marca. Desta forma, não é interessante que o conteúdo do contrato seja público, pois os concorrentes que não suportam o ônus do negócio, certamente irão se valer das benesses dele.

Esta é a temática central que se presta a presente exposição, pela qual, explica-se o conceito da arbitragem, como sendo uma solução alternativa ao judiciário, para resolver conflitos, esclarecendo que dentre suas particularidades e vantagens, a confidencialidade e segredo são os pontos mais pertinentes na presente abordagem.

Desta forma, adotar a cláusula compromissória, que ao decorrer da explanação será compreendida como método de imposição da arbitragem para solução de conflitos contratuais, como no caso do contrato que institui o sistema de franquia, garante que havendo algum litígio entre os contratantes, franqueador e franqueado, ao invés de submetê-lo ao judiciário convencional e arriscar tornar público os segredos da marca, poderá ser levado à arbitragem que, revestida pelo princípio da confidencialidade, manterá em sigilo as peculiaridades do negócio.

2 DA ARBITRAGEM

2.1 NOÇÕES CONCEITUAIS DO INSTITUTO

Para entender a possibilidade e grau de incidência da arbitragem nos contratos de franquia, bem como a vantagem na adoção do instituto nestes casos, tema central do presente estudo, primeiramente é necessário compreender noções conceituais do próprio fenômeno arbitral.

Ao lado da conciliação e da mediação, a arbitragem é tida como um meio alternativo à jurisdição estatal para solução de conflitos, diferindo-se daquelas em razão de ser um meio heterocompositivo de solução das controvérsias. A sentença arbitral é a imposição da decisão do terceiro alheio a causa que põe fim ao litígio, distanciando-se das outras duas modalidades justamente pelo fato de que nestas últimas não existe decisão imposta, o mediador ou conciliador, a depender do método adotado, estarão limitados à mera sugestão, que pode ou não ser aceita pelas partes, não possuindo caráter vinculativo (CARMONA, 2009, p. 31).

Em conceito similar, pontuando a obrigatoriedade da decisão arbitral e destacando sua natureza privada, dispõe CACHAPUZ (2000, p. 22):

A arbitragem é, pois, uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.

Nota-se já no conceito acima uma peculiaridade da arbitragem em relação à jurisdição estatal, qual seja a possibilidade da eleição de mais de um árbitro, diferente do juiz togado que, em primeira instância, consiste em uma só pessoa. Por força de lei, o número de árbitros é sempre ímpar¹. Segundo CAHALI (2015, p. 208) o legislador agiu “acertadamente, pois o colegiado em número par poderia ensejar empate, inviabilizando, objetivamente, a solução do conflito – *o propósito do júzo arbitral.*”

Ainda na fase embrionária de conceituação do instituto, para dirimir indagações acerca da natureza jurídica da arbitragem, aponta-se doutrina processualista que reafirma a natureza jurisdicional do processo arbitral, ou seja, na mesma toada da jurisdição estatal, a arbitragem tem por objetivo a aplicação da norma em substituição à vontade das partes. A este respeito dispõe MEDINA (2015, p. 144) que “Não mais se controverte, hoje, sobre a natureza jurisdicional da arbitragem (...) Na jurisprudência, reitera-se a orientação no sentido de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional.”

Introduzindo a regra básica da arbitragem, insculpida no primeiro dispositivo da Lei nº 9.307/1996, de que a arbitragem é única e exclusivamente para litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, primeiro há de se estipular quais as possíveis partes litigantes,

¹ 1 Art. 13, §1º da Lei 9.307/96: As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

haja vista o recorrente engano de que o instituto é aplicado apenas entre particulares, o que envolve dois conceitos completamente diferentes, abarcando partes e objeto em um só debate.

Aclarando a questão, primeiramente no que tange as possíveis partes envolvidas, tem-se o ensinamento de CRETTELA NETO (2004, p. 57):

A lei brasileira da arbitragem não limita sua aplicação apenas para litígios entre particulares, como entendem Paulo Furtado e Uadi Lammêgo Bulos pois, do contrário, o Estado não poderia ser parte na arbitragem em caso controvérsia surgida em virtude de contrato celebrado pela Administração Pública com pessoa física ou jurídica. (...) Quanto à qualificação das partes, o único requisito legal para que possam valer-se da arbitragem é o da capacidade para contratar.

A Lei nº 13.129 de 2015, com vistas a afastar maiores questionamentos, promoveu recente alteração incluindo expressamente que a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, pode celebrar a convenção arbitral.

Compreendidas as partes legitimadas a adotar a arbitragem, quanto ao objeto desta, aponta-se como única exigência legal que a relação jurídica controversa seja relativa aos direitos patrimoniais disponíveis. Implementando técnica legislativa que anteriormente previa arbitragem para direitos patrimoniais transacionáveis, atualmente aplica-se o instituto aos direitos que podem ou não serem livremente exercidos pelo seu titular, possivelmente negociáveis. Desta forma, em geral, não se submetem à arbitragem litígios que envolvam mérito familiar, sucessório e penal, por exemplo (CARMONA, 2009, p. 38).

Asseveram MASSALI e CACHAPUZ (2011, p. 165-183) que o motivo pelo qual o legislador elegeu esses direitos como únicos a comportar julgamento arbitral se funda na possibilidade de renúncia deles:

Tais direitos, por sua própria natureza, podem ser objeto de renúncia por parte de seu titular. Ora, se é possível o mais – renunciar ao direito – por força do princípio da ponderação proporcional dos interesses também se pode o menos – renunciar, em um caso concreto, a uma forma de exercício desse direito –, optando pela solução arbitral, em detrimento do acesso ao Poder Judiciário.

Sendo questões patrimoniais disponíveis e com pessoas aptas e capazes de se submeterem a arbitragem, nos termos já descritos, deve-se entender os meios pelos quais o

instituto em questão é adotado como solução ao conflito instaurado. Para tanto, atribui-se à convenção de arbitragem o poder de instaurar este meio de solução aos litígios.

Didaticamente é possível fazer a leitura da convenção de arbitragem como gênero, do qual cláusula compromissória e compromisso arbitral são espécies. Segundo BACELLAR (2016, p. 137) “entendem-se por convenção de arbitragem tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral; aquela estabelece a opção pela arbitragem e este, quando necessário, satisfaz e concretiza a opção.”

Guardando relação com o escopo central do trabalho, reserva-se capítulo específico para tratar da cláusula compromissória, razão pela qual, por ora, cuida-se apenas da explicação acerca do compromisso arbitral.

Interpretando a lei² em consonância com a leitura feita pela doutrina, o compromisso arbitral é a tradução da vontade das partes em resolver suas contradições através da arbitragem por mera liberalidade, sem que haja nenhuma obrigação contratual previamente assumida. Esta figura surge quando as partes, sopesando os pontos positivos e negativos do instituto, de comum acordo e por livre vontade manifestam interesse de se submeter à arbitragem.

Estando as partes em sintonia, independentemente de obrigação pré-estabelecida, firmam o compromisso como um contrato que exterioriza a vontade de ambas, genericamente manifestada, bem como fixam as condições pelas quais a arbitragem será processada. Diferente da cláusula compromissória, o compromisso é firmado após a ocorrência do litígio.

Finalizando a conceituação nos limites do que se propõe a presente abordagem, mister salientar ainda que existe a arbitragem de direito e de equidade. Introduzindo essa diferenciação, é de suma importância o que dispõe CRETTELA NETO (2004, p. 58):

A expressão “de direito ou de equidade”, para referir-se à forma como a arbitragem poderá ser aplicada à solução de litígios, carrega certa ambiguidade, pois qualquer conflito é sempre resolvido de acordo com o direito, ou seja, nunca contra o direito. O que o legislador quis dizer é que o árbitro poderá valer-se da equidade para interpretar o Direito do modo que considerar mais justo, mas jamais poderá fazê-lo contra certas normas jurídicas e tampouco contra alguns princípios gerais do Direito.

A arbitragem de direito ocorre quando as partes adotam o direito positivo, normas jurídicas, como balizadoras do processo, sendo que a autonomia concedida às partes é ampla o

² Art. 9º da Lei 9.307/96: O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

suficiente para que estas escolham até mesmo a lei aplicável, tanto material quanto processual. Não obstante, fica facultado às partes adotarem inclusive regras corporativas para ditarem os contornos do procedimento instaurado.

Já na arbitragem por equidade, como ensinou Cretella Neto, não significa que haverá julgamento contrário à lei e ao ordenamento jurídico em si, mas fica outorgado aos árbitros o poder de interpretar as normas da forma que lhe parecerem mais justas ao caso concreto.

2.2 O ACESSO A JUSTIÇA NA SEARA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O APERFEIÇOAMENTO DO PROCESSO ARBITRAL NO BRASIL

Diante da necessidade de demonstrar o enlace entre os temática central deste trabalho com o princípio constitucional do acesso à justiça, se faz necessária a conceituação e ideal interpretação deste diante do que será desenvolvido a diante.

Pode se estabelecer como tradicional a menção dos fundamentos trazidos pelos autores Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), onde apontam e transcrevem sua conceituação acerca do direito ao acesso à justiça:

Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Assim, traduz-se que a singularidade do direito supramencionado pode ser interpretada como uma ferramenta jurídica, constitucional e social, que deve ser acessível a todos, independente de sua condição social, econômica ou similar.

A Constituição Federal de 1988, não só tutela tais direitos em seu texto como também os efetiva de modo claro e explicativo, enquadrando-os no rol das garantias e direitos fundamentais. Neste sentido, pode ser verificado sua efetivação no que tange os conceitos, preceitos e complexidades do tema:

Entretanto, o referido modelo estatal adotado pela Constituição Federal de 1988 encontra-se em permanente construção, seja por meio da interpretação, compreensão e construção de sentido de seus preceitos, seja por meio da efetiva aplicabilidade das normas e princípios ali contidos. Nesta perspectiva, destaca-se o princípio constitucional do acesso à justiça. Inserido no artigo 5º, inciso XXXV, sob o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o acesso à justiça, como

um direito fundamental do homem, privilegia a convivência social em toda sua complexidade. (SIQUEIRA; LARA; LIMA, 2020, p. 29-30)

Dado o caráter constitucional e, principalmente, como instrumento de efetivação das garantias fundamentais e pelo rol dos direitos da personalidade. Se faz necessário uma pequena, mas indispensável abordagem acerca da conceituação dos direitos da personalidade, diante da relevância no tema abordado.

Os direitos da personalidade, podem ser tratados como aqueles que tutelam e garantem juridicamente aquilo que é claramente indispensável para o indivíduo para a sua garantia mínima, ou seja, é uma proteção e efetivação daquilo que deve ser minimamente garantido a cada um, ou seja aquilo que é de caráter fundamental. Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet, apresenta:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2001, p. 33)

Ainda, o jurista Norberto Bobbio, apresenta seus ensinamentos demonstrando a importância da presença dos direitos fundamentais e da personalidade no texto constitucional, trazendo assim a devida instrumentalização da tutela destes:

As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais. Assim, ao direito à vida corresponde a garantia de vedação à pena de morte; ao direito à liberdade de locomoção corresponde a garantia do habeas corpus; ao direito à liberdade de manifestação do pensamento, a garantia de proibição da censura etc (BOBBIO, 1992. p.6)

Diante exposto, pode-se apresentar que os direitos e garantias fundamentais podem ser ditos como aqueles que tutelam e protegem a pessoa humana, e sua presença nas normas são imprescindíveis para a sua devida tutela. Ainda que possuam uma natureza internacional ou universal, seu meio de efetivação por intermédio da carta magna facilita sua tutela e efetivação diante do cenário social existente.

No que tange o Arbitragem, está abandonada pela Constituição Republicana de 1891, a arbitragem só voltou ao mais alto patamar normativo do ordenamento brasileiro na Constituição Federal de 1934, embora estivesse, neste ínterim, sendo tratada em legislações infraconstitucionais. Resumindo um período obscuro na história deste instituto, antecipa-se que a partir desta última Constituição elencada, nenhuma outra sequer fez menção à arbitragem, até que a emenda nº 45/2004 tratou de complementar a atual Constituição Federal brasileira de 1988.

Se nem mesmo a mais alta legislação do ordenamento cuidou de tratar da arbitragem durante todo este período, a estagnação do instituto em solo brasileiro durante este tempo resta incontestavelmente explicada.

Tomando como premissa que as legislações infraconstitucionais são feitas para regular as normas constitucionais e gerir de maneira prática a sociedade, como assevera ZULMAR FACHIN (2015, p. 108) “A Constituição pode ser definida como um corpo normativo fundante da ordem jurídica destinado a reger a vida do Estado e da sociedade”, se o instituto não foi nem mesmo citado na Constituição, era de se esperar a pouca efetividade do mesmo na sociedade em geral.

As tratativas exclusivamente em legislações ordinárias aparentaram que o instituto havia sido dizimado do ordenamento brasileiro. Segundo CRETELLA NETO (2009, p.23):

A falta de menção expressa à arbitragem no texto constitucional, e também devido à ênfase nas garantias fundamentais, dentre elas as do devido processo legal e do acolhimento do princípio da inarredabilidade da prestação jurisdicional, levou algumas vozes mais afoitas a se levantarem em favor da posição de que a arbitragem estaria suprimida tout court de nosso ordenamento jurídico.

O governo federal, fazendo triste leitura do atraso legislativo concernente ao instituto, através do extinto Ministério da Desburocratização, solicitou a confecção de um anteprojeto de lei em 1981, que logo foi abandonado, assim como os anteprojetos de 1986 e 1988. Ante os fracassos enfrentados, a última cartada foi lançada através da Operação Arbiter, iniciativa responsável pelo que hoje se adota como processo arbitral. Para CARMONA (2009, p.9):

Foi assim que, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, no final de 1991, lançou-se a Operação Arbiter, exatamente com o intuito de fazer discutir o instituto abandonado, elaborando anteprojeto de lei que, unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias. (...) debatido e

aprovado pelos presentes, o trabalho recebeu sugestões, algumas incorporadas desde logo ao texto, texto esse que foi distribuído a todos os órgãos interessados, para apresentação de novas sugestões e emendas que seriam discutidas em reunião realizada na Associação Comercial de São Paulo, em 26.2.92

Em abril de 1992, no seminário de arbitragem comercial realizado na cidade de Curitiba/PR, foi apresentada a versão final do anteprojeto, que alguns anos mais tarde, resultou na Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1997, a Lei de Arbitragem, que dentre algumas inovações posteriores, impulsionou e hoje é responsável pela regulamentação do instituto no Brasil.

2.3 DAS VANTAGENS NA ADOÇÃO DA ARBITRAGEM EM DETRIMENTO DA JURISDIÇÃO ESTATAL

Diante da notória crise instaurada na justiça estatal brasileira, onde o volume de ações judiciais cresce exponencialmente e o número de servidores não acompanha na mesma medida, já não está mais sendo alcançado o fim a que se presta a demanda em juízo, ou seja, uma resposta eficaz aos litígios sociais. Permeada pela insegurança jurídica, a justiça tradicional tem dado lado ao crescimento da arbitragem, haja vista alguns elementos de vantagem elencados por grande parte da doutrina, aos quais se prestam os seguintes parágrafos.

Ainda que haja inúmeras vantagens de submeter o conflito a arbitragem, a doutrina costuma apontar três grandes vantagens do processo arbitral em face da jurisdição estatal, como interpreta Beraldo (2014, p. 134), sendo, inclusive, as que mais guardam pertinência com o tema central do presente estudo.

O mesmo autor aponta que a primeira vantagem é a celeridade do processo arbitral em relação às demandas judiciais, sendo facultado às partes estipular um prazo máximo para a sentença arbitral, considerando as particularidades do caso concreto, porém, silentes as mesmas, esta deve ser apresentada em um prazo máximo de seis meses (BERALDO, 2014, p. 134).

Como segunda vantagem do processo arbitral, a doutrina assinala a especialidade do árbitro, ou então do colegiado, que irá proferir a sentença. Dispõe BACELLAR (2016, p. 140):

Uma das grandes vantagens da arbitragem reside na indicação preferencial de que o árbitro seja um especialista na matéria sobre a qual deve decidir. No sistema judiciário, isso não é possível e, embora possa haver especialização de varas ou de câmaras de julgamento, exige-se apenas o conhecimento jurídico. Na arbitragem é

autorizado e até recomendável que, além do que consta dos autos, o árbitro traga seu conhecimento especializado e sua experiência técnica sobre o caso.

Por último e com especial atenção em razão da temática discutida, tem-se também como uma vantagem da arbitragem a possibilidade de instituir cláusula de sigilo ou confidencialidade, em contraponto ao princípio da publicidade dos processos judiciais. Ainda que não seja essencial, em casos em que envolvem litígios de natureza empresarial, como nas franquias, a arbitragem sigilosa é conveniente. É o que se infere da doutrina de SALLES, LORENCINI E LOPES (2012, p. 196) os quais anotam que “pela relevância de algumas questões discutidas em sede de arbitragem, envolvendo segredo comercial e industrial, estratégias empresariais, o sigilo se torna relevante.”

A partir da exposição das mais relevantes vantagens sopesadas na adoção da arbitragem e com algumas particularidades das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos que serão esmiuçadas no decorrer da presente elucidação, é tangível verificar o motivo dos litígios de franquias estarem cada vez mais sendo levados às câmaras arbitrais, principalmente em casos em que o sigilo da operação é grande atrativo do negócio.

3 DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

3.1 CONCEITO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Como bem apresentado acima, a cláusula compromissória é, ao lado do compromisso arbitral, meio pelo qual as partes elegem a arbitragem para resolução de controvérsias surgidas. Tomando ambos os instrumentos como espécies da convenção arbitral enquanto gênero, este último elege a arbitragem por vontade das partes depois do conflito apresentado, ao passo que aquela o faz de maneira prévia. A própria Lei da Arbitragem cuida de conceituar a cláusula compromissória e o faz apontando basicamente que esta é a convenção estabelecida pelas partes em um contrato, necessariamente escrita, a qual obriga as mesmas a submeterem ao processo arbitral os possíveis conflitos que surgirem.

Seguindo os novos preceitos legislativos, depois de 1996, a natureza jurídica da cláusula compromissória passou a ser contratual, afastando-se da mera promessa de contratar que outrora foi considerada, por força da autonomia estabelecida à mesma. Tem-se ainda a definição da cláusula compromissória como universal, parcial ou singular.

Entende-se como universal a cláusula compromissória que determina a arbitragem como solução para qualquer conflito oriundo do contrato em que esteja inserida. No que diz respeito à parcialidade ou singularidade, enquanto aquela estabelece que apenas algumas cláusulas do contrato serão submetidas à arbitragem, esta se dispõe a explicitar minuciosamente quais situações serão arguidas em sede arbitral.

Dentro das noções conceituais da cláusula compromissória, o que a doutrina elege como sendo mais importante é a definição e diferenciação de suas duas espécies, a saber a cláusula cheia, denominada de completa e cláusula vazia, incompleta. BERALDO (2014, p. 162) traça interessante paralelo:

Na cláusula compromissória vazia diz apenas que os conflitos oriundos do contrato serão dirimidos por arbitragem. Já na cláusula compromissória cheia, além de se estabelecer o mesmo que já se disse na cláusula vazia, inserem-se outras informações, tais como que tipo de arbitragem será (institucional ou ad hoc); em sendo a primeira, qual câmara de arbitragem será a competente para o seu julgamento; o número de árbitros, bem como a forma de indicação; o idioma que será utilizado; o prazo para a sua instituição etc. A diferença primordial entre ambas, contudo, é a indicação da forma de se iniciar a arbitragem, geralmente com a indicação de qual será a câmara de arbitragem que administrará o feito, bem como o número de árbitros e o idioma a ser adotado. Assim, se há essas informações, a cláusula é cheia, do contrário, é vazia.

Acerca da cláusula vazia, uma vez adotada, esta apenas indica a opção pela arbitragem, mas não é suficiente para dar início ao processo, carecendo de complementação através do compromisso. Embutindo esta modalidade da cláusula compromissória no contrato, as partes optam necessariamente por sua especialidade, confidencialidade e demais características positivas, mas podem, a depender da boa-fé dos contratantes, estar abrindo mão da celeridade, vez que havendo discórdia acerca das características do processo, o contrato deverá ser levado ao judiciário estatal para estabelecer a forma que seguirá a arbitragem a ele concernente.

De outro lado, a cláusula cheia está composta de todos os elementos necessários para instaurar o processo por sua própria força, prescindindo do compromisso ou imposição judicial, sendo assim considerada a cláusula que apresentar, pelo menos, os elementos obrigatórios do compromisso, assim dispostos no artigo 10 da Lei da Arbitragem³.

³ Art. 10 da Lei 9.307/96: Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

3.2 DOS OBSTÁCULOS À ARBITRAGEM ANTES DA LEI Nº 9.307/96

Como o escopo final desta prospectiva é a aplicação da arbitragem estipulada contratualmente, de certo que a cláusula compromissória assume um dos papéis mais importantes dentro da mesma. Não obstante, depois da retrospectiva dos obstáculos que o instituto enfrentou, ficará claro que a cláusula compromissória teve papel fundamental para o desabrochar do mesmo, razão pela qual se expõe acerca do cenário antes da edição da Lei da Arbitragem.

A doutrina nacional que trata do tema elenca dois grandes empecilhos à ampla utilização da arbitragem, quais sejam a falta de executividade da cláusula compromissória e necessidade de homologação judicial do laudo arbitral.

A começar pela falta de obrigatoriedade da cláusula compromissória, até o advento da Lei nº 9.307/96, que tornou impositiva a arbitragem uma vez pactuada, prevalecia na doutrina e jurisprudência, que a referida cláusula era mero contrato preliminar ao compromisso arbitral. Dispõe BACELLAR (2016, p. 131):

Se uma das partes, mesmo tendo firmado uma cláusula compromissória, desistisse da opção e não desejasse mais utilizar a arbitragem para resolver os conflitos oriundos do contrato, antes da Lei Marco Maciel, a outra nada poderia fazer a não ser contentar-se com a conversão da promessa assumida (e não honrada) em perdas e danos.

Por óbvio muitas arbitragens deixaram de ser instauradas, uma vez que, depois de iniciado o conflito, as partes adversas não tinham mais interesse em cooperação mútua e, não havendo obrigação nenhuma que impusesse a utilização do processo arbitral, preferiam litigar na jurisdição estatal. Em relação à objeção pela necessidade de homologação do laudo arbitral, CARMONA (2009, p. 5) foi categórico:

Quanto à obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, alinhava-se o legislador (civil e processual) ao que havia de mais antigo e ultrapassado na matéria. Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência do Poder Judiciário, mesmo que a posteriori. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o exequatur retirava várias das vantagens do instituto: o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório

(sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos.

Diante do cenário descrito antes da Lei da Arbitragem, extremamente compreensível o fracasso do instituto, frente todos esses óbices. Assim, quando do advento da Lei nº 9.307/96 que atribuiu expressamente força executiva à sentença arbitral e obrigatoriedade da cláusula compromissória, bem como por força da renovação das legislações paralelas e superiores, a arbitragem passou a ser um meio tangível e eficaz de solução de conflitos.

3.3 DA AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

No que tange a autonomia da cláusula compromissória, remetendo-se à lições anteriores deste estudo, tem-se que, depois de sancionada a Lei nº 9.307/96, a cláusula compromissória deixou de apresentar contornos pré-contratuais e facultatividade de escolha, passando a ser obrigatória uma vez inserida no contrato, razão pela qual o instituto começou a vingar no cenário brasileiro.

Assistindo a afirmação alhures, BACELLAR (2016, p. 137) evidencia “a autonomia da cláusula compromissória válida no contrato em que está inserida. Uma vez existente cláusula compromissória válida, isso implicará no afastamento do Poder Judiciário (efeito negativo) e firmará a competência arbitral (efeito positivo)”. Leonardo Beraldo (2014, p. 161) vai além:

Típico porque previsto em lei e autônomo porque, nos termos do art. 8º da LA, ‘a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória’. Destarte, é forçoso reconhecer que a cláusula compromissória não pode mais ser qualificada como mero pré-contrato, na medida em que ela não consubstancia mais uma promessa de celebrar compromisso, mas sim uma promessa de instituir juízo arbitral.

Foi estabelecido pelo legislador que a cláusula compromissória pode até mesmo estar apartada do contrato, bem como ser contemporânea ou posterior a ele, respeitando apenas o requisito de ser anterior ao litígio das partes. Independente da forma adotada, a cláusula continua autônoma e autoexecutável.

Da forma que hoje está disposto na legislação, caso haja negócio jurídico entabulado entre as partes mediante contrato que adota a arbitragem como método de solução das controvérsias, havendo discordância entre as partes, se levado ao judiciário, o juiz estatal estará adstrito tão somente a estabelecer as especificidades do processo arbitral, não podendo, em hipótese alguma, desde que cumprido os requisitos mínimos, substituí-lo.

Em última análise sobre a obediência da autonomia que revestiu o instituto em questão, o legislador processualista incorporou a alteração feita no Código de Processo Civil de 1973 por meio da Lei de Arbitragem ao Novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015, e elencou a existência da convenção de arbitragem como causa de extinção do processo sem resolução do mérito.

4 DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

4.1 NOÇÕES CONCEITUAIS DE FRANQUIA

Adentrando na temática central da presente abordagem, que se pauta na explicação das vantagens da adoção da arbitragem nos contratos de franquia mediante estipulação de cláusula compromissória para preservar o sigilo da operação, passa-se a entender o sistema de franquia em si.

Tecendo interpretações acerca da Lei nº 8.955/1994, Maria Helena Diniz (2013, p. 776) conceitua o contrato de franquia como:

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

Por mais complexa que seja a natureza do contrato de franquia, bem como a estreita ligação entre franqueador e franqueado, a independência é característica essencial no negócio. Deve-se destacar que o franqueado terá autonomia jurídica e financeira, não se confundindo como mera sucursal do franqueador.

A esse respeito, Fázio Júnior (FAZZIO JÚNIOR, 2017, p. 467) traz que:

A franquia engloba apenas a utilização da marca, do nome e do material necessário ao exercício da atividade comercial. Não existe subordinação jurídica ou interferência na administração entre franqueador e franqueado. O primeiro, apenas concede ao franqueado os meios necessários à comercialização de seus produtos. O segundo, não pode ser considerado comissionário, representante, empregado ou filial do franqueador. E, embora tenha o franqueador o direito de exigir que o franqueado siga certas normas de produção ou comercialização, são considerados empresários distintos e independentes.

Partindo deste aspecto, importante destacar que o contrato de franquia, não é balizado pela legislação, a qual se limita apenas a delinear contornos e estabelecer alguns requisitos mínimos de validade (BIANA e SANT'ANNA, 2017, p. 125-154).

Sendo fruto de uma legislação permissiva quanto a liberdade negocial das partes, o contrato de franquia só será assinado depois que o franqueador fornecer ao potencial franqueado a circular de oferta de franquia. Essa é uma condição expressa e imprescindível à assinatura do contrato nos termos da lei reguladora.

Na circular de franquia serão descritos detalhadamente todos os aspectos atinentes ao negócio desenvolvido pela franqueadora, como pendências judiciais, perfil do profissional ideal, além de valores bem próximos da realidade acerca do investimento, remuneração periódica pelo uso da franquia (royalties) e estimativas de retorno da franquia. Relembra-se que ainda não se trata do contrato em si, apenas uma demonstração fiel das nuances do negócio que servem de base para o pretendente a franqueado obter maiores informações e sopesar a validade e segurança do negócio para ele.

4.2 DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO DE FRANQUIA

Conceituado em linhas gerais o sistema de franquia, enceta-se demonstrar a possibilidade de adoção da cláusula compromissória nos contratos que instituem o negócio jurídico, tema de muita controvérsia depois do recente entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴, detalhado oportunamente.

⁴ STJ, REsp 1.602.076-SP, 3ª T., Rel. Min Nancy Andrighi, DJE, 30-09-2016

A doutrina que se debruça nos estudos de ambos os institutos em questão, em sua maioria, entendem perfeitamente cabível a estipulação da cláusula compromissória nos contratos de franquia. É o que afirma BERALDO (2014, p. 100):

Com relação às questões de natureza meramente obrigacionais, que decorrem de contratos, v. g., cessão de uso de marca, conflitos entre gravadoras e artistas, contrato de edição de livros, contrato de franquia, transferência de know-how, têm-se como perfeitamente arbitráveis, simplesmente por se tratarem de direitos patrimoniais disponíveis. O mesmo se pode dizer da reparação civil pela contrafação.

Ainda que evidente a aceitação da doutrina sobre a instituição da arbitragem mediante cláusula compromissória para dirimir litígios entre franqueador e franqueado, o cenário jurídico prático tem enfrentado divergências com o posicionamento mais conservador do STJ nos termos da decisão já apontada.

No voto, a relatora Ministra Nancy Andrighi rechaça as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, mas entende o contrato de franquia como sendo de adesão e, no caso concreto, afasta a aplicação da arbitragem por afrontamento direto da lei nº 9.307/1996⁵ ao não dispor a cláusula de maneira expressa, em documento anexo ou em negrito, com assinatura exclusiva à referida cláusula.

Fazendo interpretação paralela ao posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça em consonância com a legislação e as explanações doutrinárias, sanados os vícios que acometem a cláusula compromissória nos contratos de franquia, por se tratar de direito patrimoniais disponíveis, são plenamente possíveis de serem levados às câmaras arbitrais.

Passando ao lado da explicação acerca da maneira de estipulação válida da cláusula compromissória, tema que foge aos contornos do presente trabalho, é certo que a arbitragem é meio aceito para solução de conflitos oriundos de contrato de franquia, adentrando na temática central proposta, qual seja a vantagem da adoção do meio de solução de conflitos alternativo ao judiciário que, pelo princípio da confidencialidade e sigilo, é capaz de proteger a exclusividade e segredo do negócio franqueado.

⁵ Art. 4º, § 2º da Lei 9.307/96: 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.

4.3 DA PROTEÇÃO DA EXCLUSIVIDADE DO MODUS OPERANDI DA FRANQUIA QUANDO SUBMETIDA À ARBITRAGEM

Do conceito de franquia, bem como da vivência e observação empírica da larga gama da espécie na sociedade atual, é notório que o grande atrativo do negócio, onde o franqueado deverá apresentar contraprestação periodicamente ao franqueador pelo uso do sistema, é a exclusividade e sigilo das informações pertinentes e que dão característica central ao modelo negociado. De certo que se o franqueador de uma grande marca franqueável expor seus conceitos únicos à todos, sua fórmula do sucesso, se assim for possível conceituar, não haveria razão do franqueado se submeter aos ônus do contrato.

Esses atrativos e características vendidas como ponto forte do modelo de franquia perfazem o modus operandi que incrementam a chance de sucesso do negócio e são traduzidos na sucinta explanação de Fazzio Júnior (FAZZIO JÚNIOR, 2017, p. 468):

Para compreender bem o fenômeno empresarial em tela, há que se ter três técnicas básicas: engineering, management e marketing. Na explicação funcional de cada um, Luiz Edmundo Appel Bojunga lembra que ‘através do engineering o franqueador elabora o plano e as especificações gerais para a instalação do franqueado’, e destaca seu papel de padronização formal do visual da rede. O management consiste no ‘treinamento e formação administrativa do franqueado’, incluindo-se ‘o recrutamento, treinamento e a capacitação operacional do negócio’, para não dizer o processo produtivo dos bens e serviços. Por meio do marketing ‘o franqueador fornece ao franqueado os métodos, meios e técnicas de comercialização, estudos de mercado, propaganda a níveis internacionais, nacionais, regionais ou locais, vendas e eventos promocionais e constante lançamento de novos produtos ou serviços

Levando em conta a complexidade da natureza contratual do sistema de franquia, sem esquecer que, além de um contrato, é também uma forma de negócio mediante relação interpessoal, conclui-se que é passível, portanto, de gerar uma série de conflitos.

Desta forma, independente do fato que gerou o conflito instaurado, certo que submetê-lo à apuração de um terceiro para julgamento e solução do litígio, característica básica do processo, seja ele arbitral ou estatal, enseja a exposição pormenorizada dos fatos capazes de provar o alegado. Isto porque, o processo se consubstancia em instrumentos que permitam atestar a existência do direito, indo além da compreensão jurídica, com necessidade de entendimento preciso, no plano dos fatos, de como surgiu o direito de quem alega (MEDINA, 2015, p. 581).

Assim, em um contrato de franquia que não houver a estipulação expressa e válida de uma cláusula compromissória possível de submeter o conflito direto à uma câmara de arbitragem e precisar envolvê-lo na justiça convencional, o autor ou réu, franqueador e franqueado, independente dos polos que ocuparem na lide, terão que expor os mais diversos pontos ao juízo, até mesmo o próprio contrato, tornando público os segredos comerciais da franquia.

É neste ponto que o trabalho converge, evidenciando a importância da cláusula compromissória plena que obriga franqueador e franqueado a se submeterem diretamente a arbitragem, vez que indo ao judiciário convencional para solução do conflito ou então, para determinar a adoção da arbitragem, vez que este está submetido ao princípio da publicidade e assim, tornará público os segredos que são o ponto chave, o grande atrativo do sistema de franquia.

5 CONCLUSÃO

A partir das explanações feitas no presente trabalho, foi possível compreender os conceitos do sistema de franquia enquanto prática comercial, bem como da arbitragem, conceituada como forma privada de solução de conflitos através de árbitros especialistas em contraponto à jurisdição estatal convencional.

Partindo das premissas anteriores, compreendidos os contornos gerais acerca dos institutos em questão, foi possível evidenciar a possibilidade de coexistência dos mesmos perante o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, expôs-se que, mesmo havendo determinadas peculiaridades advindas de entendimentos específicos de tribunais superiores, é legalmente possível a aplicação da arbitragem para solução dos conflitos entre franqueador e franqueado.

Foi-se além, demonstrando perfeitamente possível, desde que obedecidos certos requisitos legais de validade, que haja estipulação da cláusula compromissória nos contratos formadores das unidades franqueadas, que prescindisse a formalização de compromisso arbitral e seja instituído diretamente o processo arbitral.

Desta forma, restou demonstrado que dentre as vantagens comumente creditadas pela doutrina ao processo arbitral, a lembrar a especialidade dos árbitros, celeridade das decisões e confidencialidade dos atos, esta última se mostra de grande valia para os litígios que envolvem franqueador e franqueado em polos distintos da lide.

Derivada da afirmação anterior, onde o princípio da confidencialidade da arbitragem se mostrou importante e até mesmo necessário, a depender do caso concreto, foi construído o escopo central da presente prospectiva, evidenciando que havendo estipulação de cláusula compromissória cheia nos contratos de franquia, capaz de afastar a jurisdição estatal para solução de qualquer mérito neste tocante, os segredos atinentes ao negócio o qual, novamente se aponta como grande atrativo do modelo empresarial ora debatido, ficam protegidos quando os conflitos são resolvidos na seara arbitral.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BIANA, Higor da Silva; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Apontamentos sobre a arbitragem no contrato de franquia. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p. 125-154, mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96*. Leme: Led Editora de Direito, 2000.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: Mediação. Conciliação*. Resolução CNJ 125/2010. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2009.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MASSALI, Wilson Euclides Guazzi; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem: uma saída liberal à crise do judiciário. Scientia Iuris, Londrina, v. 15, n. 2, p. 165-183, dez. 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco A. G. L.; SILVA, Paulo Eduardo A. da. Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; LIMA, Henriqueta Fernanda C.A.F.. ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA E OS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 38, p. 25 - 41, fev. 2021. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/51382>>. Acesso em: 06 dez. 2022.