



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0001057536

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006072-45.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes

----- e

-----, são apelados -----

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente) E ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 22 de dezembro de 2022.

CESAR CIAMPOLINI

Relator

Assinatura Eletrônica

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

Apelação nº 1006072-45.2021.8.26.0100

Comarca: São Paulo – 1ª Vara Empresarial e de Conflitos relacionados à Arbitragem

MM. Juiz de Direito Dr. André Salomon Tudisco

Apelantes:

Apeladas:

VOTO Nº 25.737

Ação de anulação de contrato de franquia, cumulada com pedidos de índole indenizatória, ajuizada por franqueados contra



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

franqueadora. Sentença de extinção sem resolução do mérito, em razão de existência, no contrato, de cláusula compromissória. Apelação dos autores.

“Situação fático-jurídica imposta aos franqueados que impede o acesso ao sistema de justiça. No aspecto jurídico, há o impedimento legal de utilização de jurisdição estatal, diante da existência da cláusula compromissória. Impedimento, também, de utilização da jurisdição privada (arbitragem) em razão da ausência de condição financeira para arcar com seus custos, que não lhe foram informados quando da celebração do negócio jurídico. Sistema de multiportas para solução de conflitos inexistente, em face da realidade dos fatos. Cláusula reconhecida como patológica, fundamento para sua

2

invalidação.” (Ap. 1003513-24.2020.8.26.0271, ALEXANDRE LAZZARINI).

Sentença anulada, determinado o prosseguimento do processo, com reabertura da instrução. Apelação a que se dá provimento.

RELATÓRIO.

Trata-se de ação declaratória de nulidade de contrato de franquia, cumulada com pedidos de índole indenizatória, ajuizada por ----- em Aço e outro contra ----- e outra, julgada extinta sem resolução de mérito por sentença que se lê a fls. 765/769 e que porta o seguinte relatório:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Trata-se de ação anulatória contratual c.c. reparação das perdas e danos e indenização pelo abuso de dependência econômica ajuizada por ----- EM AÇO e ----- em face de -----.

Alega que os autores realizaram contrato de franquia do sistema ‘Píticas’. Diz que, a partir de então, ocorreram inúmeros eventos em desconformidade com as informações prestadas e com os princípios da boa-fé e da transparência, ensejando na penalidade prevista nos arts. 2º, § 2º c.c. o 4º da Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Assevera que o inadimplemento do contrato de franquia por uma das partes dá ensejo à resolução contratual, de acordo com o art. 607 do CC. Requer, dessa forma, a concessão de liminar para determinar a busca e apreensão de

3

todos os documentos contábeis da parte ré, e ao final, a procedência da ação para declarar a nulidade do contrato de franquia, com a devolução integral da taxa de franquia, do pagamento dos royalties, e taxa de marketing, de forma sucessiva, a resolução do contrato, assim como a condenação das requeridas ao ressarcimento das perdas e danos (fls. 01/49). À inicial foram juntados documentos às fls. 50/310.

Facultada a manifestação das requeridas sobre o pedido de tutela de urgência (fls. 312).

Pedido de reconsideração (fls. 315/321).

Indeferida a tutela cautelar (fls. 339/341).

Citadas, as rés ofertaram contestação, aduzindo, preliminarmente, a existência de cláusula de convenção de arbitragem, com a consequente extinção do processo; a inépcia da inicial; e no mérito, a improcedência da ação, porquanto foram fornecidas todas as informações pertinentes na Circular de oferta de Franquia. Argumenta a ausência de dano no caso, devendo ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, com



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fulcro no art. 85, § 2º, do CPC (fls. 356/412). Documentos juntados às fls. 413/728.

Réplica às fls. 732/753.

Manifestação das partes acerca das provas (fls. 758). Os autores pedem prova pericial, documental e depoimento pessoal (fls. 761/762). As rés pleiteiam prova testemunhal, depoimento pessoal do autor e prova documental (fls. 763/764).

É o breve relatório.” (fls. 765/766).

4

Na fundamentação, a sentença reconheceu a existência *“de cláusula arbitral, apta a afastar a competência do juiz estatal, estando aparentemente atendidos os requisitos do art. 4º da Lei n. 9.307/1996”*.

Prosseguiu: *“há que se destacar que as partes pactuaram contrato franquia, cuja natureza é eminentemente empresarial, presumindo-se a situação de relativa igualdade, contexto em que a vontade das partes deve ser prestigiada, o que obsta a aplicação das normas que regem as relações de consumo”*.

Destacou, na sequência, que *“o Poder Judiciário somente poderá declarar nula a cláusula arbitral quando houver vício detectável de imediato do contrário, a análise cabe ao árbitro, à luz do princípio da kompetenz-kompetenz e nos termos do art.*

8º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/1996”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Anoto o dispositivo sentencial:

“Diante do exposto, EXTINGO O PROCESSO, sem a resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VII, do CPC. Com fundamento no art. 85, § 2º, do CPC, condeno os autores ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios em favor do advogado contratado pelas rés, fixados 10% sobre o valor atribuído à causa. Observo que em relação às custas e às despesas processuais, haverá a incidência de correção monetária pelos índices da tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça, a partir de cada adiantamento, bem como de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da condenação. Em relação aos honorários advocatícios, haverá a incidência

5

de correção monetária pelos índices da tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça, a partir da data da propositura da ação, bem como de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado.” (fl. 769).

Apelação dos autores a fls. 772/796. Pedem, inicialmente, justiça gratuita.

No mérito, aduzem, em síntese, que **(a)** diferentemente do que constou na sentença, a competência do juízo arbitral pode ser enfrentada pelo Poder Judiciário, notadamente quando seu campo de alcance não versar acerca dos direitos patrimoniais disponíveis, de que se trata a hipótese concreta; **(b)** a instauração de procedimento arbitral (no caso, no Centro de Solução de Disputas em Propriedade Intelectual – CSD) impõe ônus financeiro demasiadamente gravoso aos franqueados, uma vez que os valores envolvidos em tal procedimento aproximam-se de R\$ 100.000,00; **(c)** “a cláusula é de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

adesão, não permitindo tergiversar sobre seu conteúdo ou alcance dos seus efeitos, fundamentando que houve imposição da cláusula arbitral”; **(d)** mais, não possuem as litigantes a mesma capacidade negocial, uma vez que a franqueadora determina o conteúdo do contrato de franquia, garantindo-lhe poderes para impor exclusividade no fornecimento de produtos e preço de vendas; **(e)** *“a natureza da cláusula compromissória neste contrato (...) funciona apenas como instrumento para estabelecer um salvo conduto para que a franqueadora (...) possa praticar toda a sorte de ilegalidade comercial”*, pois *“a cláusula teria apenas o condão de impedir a abertura de processos judiciais (pela existência da própria cláusula*

6

arbitral e a interpretação absoluta de sua competência) e arbitral (pela incapacidade de custear a disputa neste juízo)”; **(f)** há inúmeras ações judiciais em curso contra as apeladas, o que demonstra que o contrato não atende ao determinado pela lei de franquia, bem assim não existe sequer um procedimento arbitral em tramitação; **(f)** ao apelante pessoa física, representante da franqueada, deve ser aplicado o entendimento que se trata de consumidor; **(g)** requerem o provimento do recurso, invertidos os ônus sucumbenciais.

Contrarrazões a fls. 822/839.

Afirmam as rés, em síntese, que **(a)** a cláusula arbitral, inserida no instrumento e devidamente assinada pelas partes, é plenamente válida, sendo aplicável a conflitos decorrentes do contrato de franquia e da relação de franquia; **(b)** *“[a] intenção de se esquivarem [os franqueados] de suas obrigações pecuniárias fica muito clara quando*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

verificamos que a situação narrada se quer versa sobre a situação real dos Apelantes”, pois “[t]rata-se de um estratagema claro para o descumprimento obrigacional”; (c) inexistente comprovação, no caso concreto, de que os apelantes não teriam possibilidade de demandar em via arbitral, uma vez que o representante da franqueada é detentor de outras empresas no ramo de franquias; (d) trata-se de relação entre empresários, pois o representante da franqueada figura no contrato como sócio operador da pessoa jurídica contratante, afastada, dessa forma, condição de consumidor; (e) e mais, como sócio operador da franqueada, “é empresário capaz e, absorve risco de negócio, e, não olvidemos que as normas contratuais foram produtos da autonomia da

7

vontade, corolário lógico da liberdade contratual e na livre iniciativa das partes”; (f) o franqueado se obriga, não pelo princípio da competência-competência, mas sim por sua manifestação de vontade formalizada no contrato; (g) “a escolha das partes pela Câmara da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (CARb-ABPI), para solução de controvérsias, tem motivos sólidos e ilibados”, uma vez que “os árbitros que integram a ABPI, são profissionais com expertise no assunto em questão, absolutamente focados neste âmbito de relação comercial, não se limitando à isto, os motivos da escolha desta câmara especializada”.

Os apelantes opuseram-se ao julgamento virtual (fl. 849).

Anoto que, em 18/6/2021, foi julgado agravo de instrumento (2046690-24.2021.8.26.0000), que gerou a prevenção para o julgamento deste recurso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Inicialmente, em vista dos documentos de fls. 797/816, defiro, *ex nunc*, isto é, com efeitos prospectivos, a pretendida gratuidade.

Prosseguindo, dada a solução que proponho

8

para o desate do recurso, que abona a pretensão dos apelantes, procedese ao julgamento virtual, em que pese a oposição manifestada.

De fato, por este voto, anula-se a sentença apelada.

Decidiu esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, em caso semelhante, acerca da hipossuficiência do franqueado frente a franqueadora, mesmo que tenha aceitado livremente a cláusula arbitral:

“APELAÇÃO. FRANQUIA. ARBITRAGEM. EXTINÇÃO DO PROCESSO, EM RAZÃO CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.

ANÁLISE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM FACE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI n. 9.307/1996, E DOS ARTS. 122, 187 E 422 DO CÓDIGO CIVIL. PRINCÍPIO DA ETICIDADE. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E ESCLARECIMENTO.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SITUAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA IMPOSTA AOS FRANQUEADOS QUE IMPEDE O ACESSO AO SISTEMA DE JUSTIÇA. NO ASPECTO JURÍDICO, HÁ O IMPEDIMENTO LEGAL DE UTILIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL, DIANTE DA EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.

IMPEDIMENTO, TAMBÉM, DE UTILIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PRIVADA (ARBITRAGEM) EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO FINANCEIRA PARA ARCAR COM SEUS CUSTOS, QUE NÃO LHE FORAM INFORMADOS QUANDO DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. SISTEMA DE MULTIPORTAS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

9

INEXISTENTE, EM FACE DA REALIDADE DOS FATOS.

CLÁUSULA RECONHECIDA COMO PATOLÓGICA, FUNDAMENTO PARA SUA INVALIDAÇÃO.

SENTENÇA ANULADA, DETERMINANDO-SE O PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO EM SEUS ULTERIORES TERMOS.

APELAÇÃO DOS AUTORES PROVIDA.” (Ap. 1003513-24.2020.8.26.0271, ALEXANDRE LAZZARINI, maioria de votos).

Do corpo do acórdão:

“**II.2)** No caso concreto, o problema não está na forma, mas, em outras palavras, na situação em que se retira o sujeito de direito do sistema de justiça, seja o estatal, isto é, o público (Poder Judiciário), seja o privado (Arbitragem).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nessa questão há que se refletir sobre o caso concreto, de modo que a aparente legalidade (preenchimento dos requisitos formais, como o do art. 4º da Lei n. 9.307/96), não seja fonte de ilegalidade, caracterizado pelo abuso de direito (art. 187 do Código Civil), por exceder ‘manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’.

Afirmou-se que é hipótese de cláusula compromissória cheia. Veja-se o teor do anexo I ‘termo de cláusula compromissória’:

‘ANEXO I

10

TERMO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

As partes a seguir identificadas e já devidamente qualificadas acima, de um lado, **FRANQUIA SHOW ASSESSORIA EM NEGÓCIOS LTDA.**, doravante denominada '**FRANQUEADORA**', e de outro lado, **PAULO MIGUEL SAUAIA** e **MARLI AMÉLIA RASPANTE**, doravante simplesmente denominados **FRANQUEADO**.

As partes convencionam livremente entre si que, qualquer controvérsia, inclusive com relação à existência, validade ou interpretação deste instrumento, será resolvida através de ARBITRAGEM, nos termos da Lei 9.307-96, *a ser realizada de acordo com as regras do CAESP – CONSELHO ARBITRAL DO ESTADO DE SÃO PAULO*, com sede na Rua Pará, nº 50, 9º andar, cj. 92, (telefone 011 3258-2139) na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo. *Qualquer que seja o caso, a Arbitragem seguirá as diretrizes básicas a seguir descritas:* (I) a ARBITRAGEM será realizada por um árbitro que será escolhido de conformidade com as regras previstas pelo CAESP; (II) *os custos com a ARBITRAGEM serão divididos igualmente pelas partes e, ao final, arcados integralmente pela parte que sair vencedora;* (III) a ARBITRAGEM será conduzida de forma confidencial; (IV) o local da Arbitragem será a Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo; e (V) a língua a ser utilizada é a portuguesa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Itapevi, 25 de maio de 2015.’ (destaquei em itálico e grifei).

Esse ‘Anexo P’ nada mais é do que a reprodução da cláusula 22.3 do contrato de franquia (fls. 88).

Aliás, não se pode deixar de anotar que o foro de eleição para a realização da arbitragem é a cidade de São Paulo; todavia, o local da execução e ‘propositura de eventuais medidas de urgência’ tem como foro de eleição a cidade de Itapevi, que é o domicílio da franqueadora ‘Franquia Show’.

Não há qualquer referência ao custo (valor) da arbitragem e quem é

11

o corpo de árbitros.

Importante destacar, ainda, que na Circular de Oferta de Franquia – COF, indica um total de 10 anexos (fls. 110), sendo que nenhum faz referência a arbitragem. O primeiro anexo, inclusive, é a própria Lei de Franquia (Lei n. 8.955/94), vigente na época da celebração do contrato (maio de 2015).

A entrega de cópia da Lei de Franquia não é obrigatória, conforme se vê no art. 3º da Lei n. 8.955/94 (o mesmo ocorrendo na Lei n. 13.966/2019, art. 2º), mas a entrega foi realizada, pois é relevante para facilitar o adequado conhecimento do sistema legal (positivado) da franquia.

II.3) A apresentação do sistema legislado da franquia, embora não obrigatório, tem relevância pela importância de se dar a *informação* e o *esclarecimento* adequados, a respeito do contrato que se vai aderir, em especial quanto as *informações* mínimas exigidas.

Assim, irrelevante a discussão se o contrato é um *contrato de adesão* ou é um *contrato padrão* e as filigranas que os distinguem, inclusive pelo fato de que ninguém é obrigado a ser franqueado. Isso é feito, pois a parte vislumbra



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

uma oportunidade, *diante das informações recebidas*, de que se trata de um bom negócio empresarial.

Da mesma forma, a própria questão da posição de empresário franqueado.

Por isso, a nova redação do art. 421 e parágrafo único e o novo art. 421A, ambos do Código Civil, conforme a Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) não trazem alteração a questão posta, pois basicamente positivaram o entendimento dos Tribunais a respeito das relações contratuais empresariais (simetria etc.).

12

Ora, não é possível desconsiderar, independentemente da extensão interpretativa que se dê aos contratos de *adesão* e/ou *padrão*, que a ausência adequada da informação e do esclarecimento, que são inerentes ao contrato de franquia (e a *razão* da Circular de Oferta de Franquia - COF), fulmina o contrato, no que diz respeito a cláusula compromissória, pois inequívoca a sua patologia, da forma que é apresentada.

II.3.1) A informação e o esclarecimento das condições do contrato de franquia, são fatores de validade da própria relação contratual.

Vale, como reforço, trazer a lição de Renata Weingrill Lancellotti que analisa os princípios da governança corporativa (transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa): ‘a transparência é mais do que obrigação de informar, é o desejo de disponibilizar para todas as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos’ (**Governança Corporativa na Recuperação Judicial**, Ed. Elsevier, 2010. p. 45/46).

E, mais adiante, afirma essa doutrinadora que ‘o princípio da transparência define, nas práticas de governança corporativa os interesses dos *stakeholders* no pleno conhecimento das informações e dos resultados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Especificamente quanto à qualidade e à integridade de relatórios financeiros, bem como quanto à divulgação de participações e ao controle societário’.

Embora tratando de sociedade anônima interessante o ensinamento de Daniel Schiavoni Miller (Procurador Federal da CVM), diante da exigência da devida informação imposta pela Lei de Franquia: *‘é introduzida, assim, uma nova filosofia da informação, em que se abandona uma lógica privatista, em prol de uma disciplina publicística da informação, que,*

13

desbordando do âmbito interno da companhia, confirma a superação de uma concepção contratualista da sociedade anônima pela consideração de uma visão institucional, hábil a justificar as exigências de controle e fiscalização a ela externos’

(Governança Corporativa e *full disclosure*: O direito à informação como direito subjetivo instrumental, implicitamente essencial e inderrogável do acionista, em ‘Governança Corporativa – empresas transparentes na sociedade de capitais’, organizadores: Luiz Leonardo Cantidiano e Rodrigo Correa, Editora Lazuli, 2005, Série Apimec, p. 97).

São 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 conseqüente princípio da obrigatoriedade do contrato (*‘pacta sunt servanda’*).

A devida informação garante a exata aplicação do art. 422 do Código Civil: ‘Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé’.

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, para que não seja causa de privação ‘de todo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o efeito o negócio jurídico' (Código Civil, art. 122), lembrando que a exigência do cumprimento dessa cláusula (obrigação de fazer), é dependente de um evento futuro e incerto, ou seja, a ocorrência de 'controvérsia sobre o contrato de franquia'.

Em razão disso, interessante a alegada 'impecuniosidade da arbitragem', que, nada mais é, como explicam os próprios apelantes, 'a falta de recursos financeiros para fazer frente aos custos de um procedimento arbitral' (fls. 751).

14

Relevantes, por isso, as observações feitas pelo eminente Relator sorteado, Desembargador César Ciampolini, que demonstram a importância dos fatos, em outros recursos de sua relatoria:

a) Ap. n. 1032315-87.2020.8.26.0576 (j. 06/4/2022):

'Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, conclui-se pela evidente **violação dos deveres de informação e de transparência** da ré, **ao que tudo indica com intuito de induzir investidores, muitos deles aplicando todas suas economias no negócio**, como sói acontecer, a tornarem-se franqueados, correndo o risco de ver o negócio encerrado, caso reconhecida a apropriação indevida, pela ré, do know-how com que seus sócios tiveram contato por terem sido, eles próprios, franqueados de terceira (a Magrass)'. (destaquei em negrito e grifei)

b) Ap. n. 1008026-65.2018.8.26.0704 (j. 30/3/2022):

'Merece, contudo, acolhimento o argumento de que **'o valor indicado pela franqueadora de lucratividade revelou-se muito superior ao realmente apurado, frustrando justas expectativas do franqueado'**.

Não se pode desconsiderar, é certo, que o é risco inerente às atividades de qualquer empresa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nessa linha, a doutrina de ANTÔNIO MANUEL MENEZES CORDEIRO:

‘Outro fator importante da depuração da base do negócio é o risco. A autonomia privada implica riscos e anda com a responsabilidade sempre ao seu lado.’ (**Da Boa Fé no Direito Civil**, pág. 1.092).

Todavia, muito embora não se possa exigir grande precisão no valor indicado pela franqueadora como de provável faturamento, tratando-se de estimativa, no caso, **a discrepância foi muito grande entre o**

15

faturamento real, de R\$ 16.000,00, e aquele que consta do plano de negócio, da ordem de R\$ 95.000,00 (fl. 172).

Várias circunstâncias, diversas delas alheias à franqueadora, podem interferir na lucratividade do negócio. **Contudo**, para esclarecer essa situação, a douta Magistrada determinou que a apelada apresentasse balanços e demonstrações financeiras de dois ou três franqueados que atuassem próximo à unidade franqueada objeto desta ação, não tendo a franqueadora atendido à determinação?. (destaquei em negrito)

II.3.2) Assim, sem a devida informação quanto ao custo de uma arbitragem, não há como se validar a cláusula compromissória.

Observe-se que, no caso concreto, por exemplo, os franqueados (autores e apelantes) tiveram a justiça gratuita deferida (fls. 697/698).

A franqueadora impugnou o valor da causa (fls. 707 – contestação), mas não questionaram a justiça gratuita.

Ora, como a própria franqueadora (ré e apelada) afirma, é ela que conhece o negócio e não os autores (franqueados), ao desenvolver considerações quanto ao mercado que atua (a questão do faturamento, em especial). Assim, o risco é assumido pelo franqueado, amparado nas informações da franqueadora; aí está uma situação assimétrica.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Embora exista entendimento em contrário, trata-se de posicionamento que necessita ser revisto na jurisprudência.

O franqueado, no caso, fica sujeito a dois abismos vinculados a mesma circunstância: o acesso ao sistema de justiça. De um lado tem-se o ideal, que é o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sendo que a arbitragem faz parte desse sistema, como já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal; de outro lado, com cinismo, tem-se a afirmação, no caso concreto, que a arbitragem, decorrente da vontade das partes, é

16

forma de acesso ao sistema de justiça e que é acessível a qualquer um.

Com isso, há uma situação em que:

- a) o franqueado não tem acesso ao sistema estatal de justiça, em razão da cláusula que prevê a arbitragem como forma de solução de conflitos;
- b) o franqueado não tem acesso ao sistema privado de justiça, pois não tem capacidade financeira de arcar com os custos de uma arbitragem (enquanto na justiça estatal tem direito a justiça gratuita, como no caso).

Com isso, o franqueado fica sem acesso ao sistema de justiça (estatal e privado), razão pela qual a cláusula compromissória *priva de todo o efeito* a escolha da arbitragem para dirimir conflitos. A parte, no caso, diante do denominado *sistema multiportas*, só encontra portas fechadas, uma por questão jurídica-formal, outra em razão de um fato financeiro, que lhe impede de exercer um direito (portanto, incide a regra do art. 187 do Código Civil).

II.3.3) Vale lembrar que o aspecto ‘econômico’ na análise das relações contratuais é jurídico (que não se confunde com a análise da viabilidade econômica), pois ‘falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediamente – para idéia de operação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

econômica' (p. 8), como anota Enzo Roppo (**O Contrato**, Ed. Almedina, 2009), que coloca entre suas características objetivas a existência de 'circulação da riqueza, actual ou potencial *transferência de riqueza* de um sujeito para outro' (p. 13) para, mais adiante, afirmar que 'determinar o regulamento contratual significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos, os termos da operação econômica prosseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto reflectem a 'conveniência econômica' do próprio contrato' (p. 127).

Embora com outra perspectiva, interessante anotar a lição de Luciano Benetti Timm (**O Novo Direito Civil**, Ed. Livraria do Advogado, 2008, 17 pp. 52/53), quando escreve sobre os 'Aspectos gerais: pressupostos teóricos do novo Código Civil', apontando que 'a nova lei opera a unificação do direito das obrigações, que terá regras comuns para todo o direito privado (antigamente civil e comercial), deixando de fora do corpo da lei o que é muito dinâmico (que ficará para regulação de lei complementar, como determinados contratos empresariais tipo *franchising*, questões tecnológicas como a internet, etc.). Trata-se, na verdade, de uma antiga pretensão de Teixeira de Freitas, quando elaborou, no século XIX o esboço do código civil brasileiro. O Código, neste ponto, funcionará como eixo do sistema jurídico privado, em torno do qual orbitarão os microssistemas legislativos'.

Referido doutrinador, ao apontar os princípios que servem de pilares ao Código Civil de 2002 (a operabilidade, a eticidade e a socialidade), indicados por Miguel Reale, escreve sobre a eticidade:

'O legislador renunciou aos pressupostos positivistas de rígida separação entre ética e direito a fim de que, via cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, permitisse que a moral voltasse a permear a aplicação do Direito.

O exemplo principal de eticidade é configurado nos artigos 113 e 422 do Novo Código, que tratam da positivação do princípio da boa-fé objetiva



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

como fator de limitação da autonomia da vontade na fase pré e pós contratual e mesmo durante a execução do contrato. **Trata este princípio de impor deveres de conduta às partes contratantes implícitos à natureza do tipo contratual celebrado, dentre eles deveres de esclarecimento, informação, prestação de contas.**' (p. 53 – destaquei em negrito).

Sobre a eticidade, escreve Nelson Rosenvald ('Da Interpretação do Negócio Jurídico', **Teoria Geral do Direito Civil**. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 419):

18

'Os três grandes paradigmas do novo Código Civil são a eticidade, a socialidade e a operabilidade. A boa-fé é a maior demonstração de eticidade da obra conduzida por Miguel Reale. A ética é uma ciência que racionalmente objetiva conduzir o comportamento do homem à realização do bem comum, que é a finalidade do homem.

(...)

Note-se que a boa-fé sempre será concretizada em consonância com os dados fáticos que se revelarem na situação jurídica. **A eficácia da boa-fé em cada contexto deverá variar conforme a maior ou menor igualdade das partes**, ao contexto espacial e temporal, enfim, a intensidade da aplicação do princípio será aferida nas circunstâncias, conforme a 'ética da situação' – destaquei em negrito.

Repete-se, ainda, a lição de Renan Lotufo (**Código Civil Comentado**, vol. I, parte geral, 2ª ed., Ed. Saraiva, 2004) que desenvolve sua análise do art. 187 à luz da boa-fé, afirmando ser de ordem diversa à limitação do fim econômico, pois aquela abrange todo e qualquer exercício de direito e este é específico do negócio (p. 501), afirma-se, aqui, o imbricamento entre essas circunstâncias para transcrever a seguinte passagem de sua obra:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

‘Menezes Cordeiro conclui que o abuso de direito se caracteriza por uma disfuncionalidade intra-subjetiva, utilizando-se para tanto da obra de T.Parons (*Social systems and the Evolution of action theory*), em que argumenta que a ação traduz os aspectos do comportamento que concernem diretamente ao sistema; o sistema social postula uma interação de ações em termos ordenados com certa persistência; o indivíduo atuante integra-se no sistema à medida que os seus comportamentos sejam ações no sentido exposto. **A ação desviada é disfuncional.** A possibilidade de desvios nos comportamentos implica **mecanismos de controle social**, que é uma ordem normativa.’ (p. 507) – destaquei em negrito.

E, ao comentar o exercício regular de direito, no art. 188 do Código

19

Civil, diz ele:

‘O dispositivo em exame inclui o exercício regular de um direito reconhecido.

Desde logo se põe o problema de que cada direito tem uma extensão própria, com o que não se pode falar em padrão único de avaliação, mas sim, de necessidade do exame de cada caso. Além disso pode ocorrer a colisão de direitos contrapostos, que deve ser solucionada conforme critérios temporais, ou pelo critério de igual sorte, quando terá o mesmo efeito para as partes.

É evidente que **o critério antigo** de que quem usa de seu direito tem o direito de usá-lo integralmente, sem preocupação com ninguém, **já está superado, por representar visão eminentemente individualista** e contrária aos princípios éticos e da socialidade.

(...)

O que deve orientar o exame e a avaliação do exercício regular são os princípios que regem o Código, como os da eticidade e da socialidade, o qual passa pela solidariedade social.’ (pp. 511/512) – destaquei em negrito.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

III) Diante de tudo isso, no caso concreto, necessário reconhecer que a cláusula compromissória estabelecida no contrato entre as partes, embora formalmente em ordem, à luz da Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem), com a análise sistemática da razão do art. 4º dessa lei, em conjunto com a necessidade de transparência e informação, basilar no sistema de franquias, encontra nos arts. 122, 187 e 422 do Código Civil, obstáculo intransponível para admitir a sua validade, ou seja, impõe-se a sua invalidação, pois *patológica*.

IV) Diante de todos esses fundamentos, impõe-se o provimento à apelação dos autores (franqueados) para afastar a extinção do processo, anulando-se a r. sentença, e determinar o seu prosseguimento, em seus ulteriores termos.”

20

O precedente da Câmara na citada Ap.

1003513-24.2020.8.26.0271, amolda-se perfeitamente ao caso dos autos, em que os franqueados tiveram ciência efetiva da cláusula compromissória, conforme se denota da leitura do contrato (cláusula 24ª – fls. 472/473), bem assim do termo de declaração e aceite à fl. 477, de que consta a assinatura do sócio operador da franqueada.

Mas, apesar dessa inequívoca ciência, havendo hipossuficiência, reconhecida pela isenção ora concedida às custas processuais, fato é que os franqueados não poderão suportar as despesas de uma arbitragem.

Sua situação, perante a franqueadora, é de sujeição: como dito pelo Desembargador LAZZARINI, estando sujeitos “*a dois abismos vinculados a mesma circunstância: o acesso ao sistema*”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de justiça. De um lado tem-se o ideal, que é o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sendo que a arbitragem faz parte desse sistema, como já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal; de outro lado, com cinismo, tem-se a afirmação, no caso concreto, que a arbitragem, decorrente da vontade das partes, é forma de acesso ao sistema de justiça e que é acessível a qualquer um”.

Veja-se que a jurisprudência do STJ não discrepa desse entendimento:

21

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ‘PATOLÓGICA’. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. (...)”

2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.
3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.
4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5. Recurso especial conhecido e provido.” **(REsp 1.602.076, NANCY ANDRIGHI).**

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REPARAÇÃO DE DANOS. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA EM REDE HOTELEIRA. CONTRATO DE ADESÃO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. CABIMENTO DO JULGAMENTO PELA JUSTIÇA COMUM, A DESPEITO DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

22

1. O julgado atestou, com base na interpretação de cláusulas estabelecidas, que o contrato entabulado entre os litigantes se qualificaria como de adesão. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ, aplicáveis a ambas as alíneas do permissivo constitucional.
2. No tocante à ofensa aos dispositivos da Lei de Arbitragem, o aresto firmou que o contrato não ostentaria os requisitos para a validade da convenção de arbitragem mencionada na avença relativa a contrato de adesão. Essas ponderações foram feitas com suporte na interpretação de fatos, provas e termos contratuais, atraindo a aplicação das Súmulas 5 e 7/STJ.
3. É sabido que ‘o magistrado pode analisar a alegação de ineficácia da cláusula compromissória por descumprimento da formalidade do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, independentemente do estado do procedimento arbitral’ (REsp 1.602.076/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/9/2016, DJe 30/9/2016). Aplicação da Súmula 83/STJ.
4. Agravo interno desprovido.” **(AgInt no REsp 1.975.571, MARCO AURÉLIO BELLIZZE).**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284 DO STF. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. NULIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTRATO DE ADESÃO. VULNERABILIDADE. ÔNUS DA PROVA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. DECISÃO

23

MANTIDA. (...)

2. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, ‘cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula’ (REsp 1845737/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 26/02/2020). (...)

4. No caso concreto, a reforma do acórdão recorrido, que anulou a cláusula compromissória, por entender se tratar de parte vulnerável em contrato de adesão, sem ter a recorrente se desincumbido de seu ônus probatório, demandaria nova análise do contrato e dos demais elementos fáticos dos autos, inviável em recurso especial, ante o óbice das referidas súmulas.” **(AgInt no REsp 1.396.071, ANTONIO CARLOS FERREIRA).**

Na baixa dos autos, o feito terá prosseguimento perante o douto Juízo de origem, com instauração de fase probatória, até a prolação de nova sentença.

Não é o caso de deliberação acerca dos ônus da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sucumbência, o que se fará oportunamente, quando da futura sentença.

DISPOSITIVO.

Dou provimento ao recurso.

Consideram-se, desde logo, prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais, implícita ou explicitamente, influentes na elaboração deste voto.

24

Na hipótese de, em que pese este prévio prequestionamento, virem a ser opostos embargos de declaração ao acórdão, seu julgamento se dará necessariamente em ambiente virtual, em razão dos ainda existentes embaraços aos trabalhos forenses, motivados pela pandemia.

É como voto.

CESAR CIAMPOLINI
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO