

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO ESPECIAL Nº 1.602.076 / SÃO PAULO (2016/0134010-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA

ADVOGADOS: FERNANDO RISTER DE S LIMA – SP199386

MARIA BEATRIZ CRESPO FERREIRA – SP276438

RECORRIDO: GOU – GRUPO ODONTOLOGICO UNIFICADO FRANCHISING LTDA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DUENHAS MARCOS – SP257400

ANTÔNIO FERNANDO DE MOURA FILHO – SP306584

EMENTA

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.

1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.

3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96.

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, *i.e.*, claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

5. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Presidente

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.602.076 - SP (2016/0134010-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA

ADVOGADOS: FERNANDO RISTER DE S LIMA – SP199386

MARIA BEATRIZ CRESPO FERREIRA – SP276438

RECORRIDO: GOU – GRUPO ODONTOLOGICO UNIFICADO FRANCHISING LTDA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DUENHAS MARCOS – SP257400

ANTÔNIO FERNANDO DE MOURA FILHO – SP306584

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: objetiva a anulação do contrato de franquia firmado pelas partes ou, subsidiariamente, sua rescisão, com a condenação de devolução dos pagamentos feitos a título de Taxas de Franquia e de Royalties, bem como a pagamento de multa, em caso de rescisão contratual.

Decisão interlocutória: rejeitou preliminar de convenção de arbitragem suscitada na contestação, em decisão abaixo transcrita (e-STJ fl. 324):

Vistos. Afasto a preliminar de convenção de arbitragem. O contrato apresentado é de adesão, tanto que conta com o logotipo da franqueadora, e assim, a aderente não tem condições de discutir o seu conteúdo. Em sendo contrato de adesão, deveria ser observada a formalidade do artigo 4º, par. 2º, da Lei 9.307/96, que prevê: “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”. E não se encontra do contrato redação em negrito, visto específico ou convenção em anexo próprio. Assim, a cláusula é ineficaz. Fica afastada a preliminar. Entendo improvável a conciliação, diante das manifestações das partes. Declaro saneado o feito. Determino a realização de prova pericial (...).

A recorrente e a recorrida opuseram embargos de declaração (e-STJ fls. 326-328, fls. 329-334 e fls. 339-344), a fim de esclarecer os quesitos apresentados pelo juízo ao perito e os pontos controvertidos na demanda, bem como para suprir omissão no pedido de produção de prova. Os embargos foram acolhidos pelo 1º grau de jurisdição (e-STJ fls. 335-336 e fls.). Irresignada, a recorrida interpôs agravo de instrumento (e-STJ fl. 347).

Acórdão no agravo de instrumento: o acórdão (e-STJ fl. 412) recorrido entendeu, por maioria de votos, que não há incidência das regras do CDC nas relações entre empresários, como nos contratos de franquia, em que todos os litigantes são empresas de segmentos distintos, oferecendo bens e serviços à cadeia de produção econômica. Reconheceu, ainda, a validade de cláusula compromissória firmada entre as partes para extinguir o feito sem resolução do mérito, por incompetência absoluta da Justiça Comum, ficando assim ementado:

COMPETÊNCIA ABSOLUTA Ação anulatória de circular de oferta de franquia e contrato de franquia cumulada com pedido de indenização. Existência de cláusula compromissória. Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual deduzida na defesa. Rejeição em despacho saneador. Contrato de franquia celebrado entre empresários, afastando a incidência da legislação de consumo. Validade da cláusula compromissória. Extinção do processo, sem resolução do mérito declarada (CPC, art. 267, VII). Agravo provido.

Dispositivo: Por maioria de votos, deram provimento e extinguiram o processo, sem resolução do mérito, vencido o 2º desembargador, que negava provimento ao recurso e declara voto.

Embargos de declaração: opostos pelo recorrente, foram rejeitados pelo TJ/SP, por unanimidade (e-STJ fls. 436-441).

Recurso especial: alega ofensa aos arts. 4º, 8º e 20 da Lei 9.307/96, arts. 2º, 51, VII e 54 do CDC, art. 3º da Lei 8.955/94, art. 166, IV do CC, e arts. 114, 131, 165, 267, VI, 458, II, 525, 526 e 535, I e II do CPC/73. Também alega a existência de dissídio jurisprudencial entre, de um lado, a decisão recorrida do TJ/SP e, de outro, do TJ/PR (Apelação Cível nº 900404-6, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Antenor Demeterco Junior, j. 26/06/2012) e TJ/SC (TJSC – Apelação Cível nº 2005.013059-7, 1ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Ricardo Fontes, j. 22/10/2007). O recurso especial foi admitido pelo TJ/SP (e-STJ fl. 522).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.602.076 - SP (2016/0134010-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA

ADVOGADOS: FERNANDO RISTER DE S LIMA – SP199386

MARIA BEATRIZ CRESPO FERREIRA – SP276438

RECORRIDO: GOU – GRUPO ODONTOLOGICO UNIFICADO FRANCHISING LTDA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DUENHAS MARCOS – SP257400

ANTÔNIO FERNANDO DE MOURA FILHO – SP306584

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia ao definir a validade de compromisso arbitral firmado no bojo do contrato de franquia celebrado entre os litigantes. Para essa finalidade, cumpre analisar: (i) se as normas do CDC são aplicáveis aos contratos de franquia, regidos pela Lei 8.955/94, o que atrairia a aplicação do art. 51, VII, (do CDC; (ii) se os contratos de franquia são sujeitos ao que dispõe o art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96; e (iii) possibilidade de o Poder Judiciário analisar a validade do compromisso em função da doutrina do *Kompetenz-Kompetenz*.

I – Do alegado descumprimento ao art. 526 do CPC

Em matéria de preliminar, afasto a alegação da recorrente, a qual pugna pelo reconhecimento do não cumprimento ao disposto nos arts. 525 e 526 do CPC pela recorrida, considerando que a petição protocolizada perante o Juízo de 1º grau de jurisdição não foi acompanhada do comprovante de interposição do recurso e a ausência de peça obrigatória na formação do instrumento.

Conforme decidido pelo TJ/SP, não houve a demonstração de prejuízo à recorrente, o que está consonante com a jurisprudência do STJ sobre o assunto. Veja-se a decisão abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 525, I, DO CPC. FALTA DE PEÇA ESSENCIAL AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO PLENAMENTE EXERCIDOS. APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. As formalidades do artigo 525, inciso I, do CPC, têm a finalidade de propiciar ao tribunal *a quo* os meios necessários à cognição e viabilizar à parte contrária o exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. No caso dos autos, a ora agravante apresentou espontaneamente suas contrarrazões ao agravo de instrumento, daí que nenhum prejuízo adveio para sua defesa.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 757075/SP, Terceira Turma, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 07/03/2016).

II – Da não incidência do CDC aos contratos de franquia

Quanto à alegada incidência das normas protetivas prevista no CDC aos contratos de franquia, regidos pela Lei 8.955/94, não assiste razão à recorrente, considerando que esta Terceira Turma já possui jurisprudência consolidada em sentido contrário ao exposto no recurso especial. Podemos indicar, por exemplo, o decidido no REsp 930.815/MT (Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe 12/06/2007), assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. CONTRATO DE FRANQUIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. DECISÃO LIMINAR DE SUSPENSÃO DA CLÁUSULA DE FORO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE “URGÊNCIA PROVISÓRIA”. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA INTERPOSTA POR CORRÉ. PREVALÊNCIA DO FORO DE ELEIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. JULGAMENTO CONJUNTO COM RESP 10877471/MT.

1- A competência para a ação que visa à reparação de danos, fundada em responsabilidade contratual ou extracontratual deve ser proposta no local onde se produziu o dano não no domicílio do réu. Trata-se, no entanto, de competência territorial relativa que, portanto, pode ser derogada por contrato, de modo a prevalecer o foro de eleição.

2- Não desfaz a validade do foro de eleição a circunstância do ajuizamento da ação, decorrente de contrato de franquia, como ação indenizatória, porque esta sempre tem como antecedente a lide contratual.

3- Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de franquia, não se acolhe a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro ao só argumento de tratar-se de contrato de adesão.

4- Nos termos do artigo 112 do Código de Processo Civil, a incompetência relativa deve ser arguida pela parte interessada em exceção de incompetência e não nos próprios autos, mas essa regra não exclui a admissibilidade de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em processo cautelar, antes da citação, liminarmente defere a suspensão da cláusula contratual de eleição de foro.

5- Oferecimento de Exceção de Incompetência por corrêu, também sustentando a validade da cláusula de eleição de foro, não obsta o recurso de Agravo de Instrumento interposto por outro réu.

6- Hipótese de “urgência provisória”, como a do “Juízo do Cartório” na sustação do protesto, não configurada e não julgada, no caso.

7- Recurso Especial a que se dá provimento (julgamento conjunto com o REsp 1087471/MT).

Com base nessa premissa, é correta a afirmação segundo a qual, no contrato de franquia, não há uma relação de consumo tutelada pelo CDC, mas de fomento econômico, com o intuito de estimular as atividades empresariais do franqueado. Com entendimento semelhante, podemos citar, ainda, outras decisões da Terceira Turma, como os julgamentos do REsp 632.958/AL e do REsp 687.322/RJ abaixo ementados:

CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO DE RESCISÃO CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. FORO DE ELEIÇÃO. COMPETÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO RECONHECIDA. MATÉRIA DE FATO E REEXAME CONTRATUAL. SÚMULAS Nº 5 E 7-STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA Nº 283-STF. I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei nº 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais. II. Situação, ademais, em que não restou comprovada a hipossuficiência das autoras, que buscavam que a ação em que pretendem a rescisão do contrato e indenização tramitasse na comarca da sede de algumas delas, em detrimento do foro contratual, situado em outro Estado. III. Incidência à espécie das Súmulas nº 5 e 7 do STJ. IV. Inaplicabilidade dos arts. 94, parágrafo 4º, e 100, IV, letra “d”, do

CPC, seja por se situar o caso inteiramente fora dos seus contextos, seja por aplicável a regra do art. 111 da mesma lei adjetiva civil. V. Ausência de impugnação concreta a um dos fundamentos do acórdão, a atrair a vedação da Súmula nº 283 do Pretório Excelso. VI. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido. (REsp 632958/AL, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJe 29.3.2010).

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

1. A relação entre o franqueador e o franqueado não está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.
2. Afastando o acórdão a existência de moratória com base na realidade dos autos e em cláusula contratual, não há espaço para acolher a exoneração da fiança, a teor das Súmulas nºs 5 e 7 da Corte, ademais da falta de prequestionamento dos dispositivos indicados no especial.
3. Recurso especial não conhecido (REsp 687.322/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 09/10/2006).

Com fundamento nos precedentes mencionados acima, não há incidência das regras protetivas do CDC aos contratos de franquia e, portanto, não se admite a alegação de nulidade do compromisso arbitral com base no disposto no art. 51, VII, do CDC, que proíbe a utilização compulsória de arbitragem.

III – Do alcance do art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem

A controvérsia ganha contornos mais complexos, porém, a partir do momento que passamos a analisar o alcance do disposto no art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), cuja redação é a seguinte:

Art. 4º (...)

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

Compulsando os autos, percebe-se que a controvérsia se iniciou com a aplicação do mencionado §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem pelo juízo singular, que acarretou a declaração da cláusula compromissória. Assim, neste ponto específico da controvérsia, é necessário avaliar: (a) se a franquia é um contrato de adesão a atrair os requisitos do

mencionado dispositivo legal; e (b) se, por não se tratar de uma relação de consumo, o art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem ainda é aplicável aos contratos de *franchising*.

Quanto ao primeiro item a ser analisado, podemos encontrar precedentes de diferentes turmas deste Superior Tribunal de Justiça que tratam da natureza do contrato de franquia ou *franchising*. Assim, no AgRg no Ag 746.597/RJ, discutindo-se acerca da incidência de impostos sobre serviços de qualquer natureza – ISS aos contratos de franquia, a Primeira Turma afirmou que o *franchising*, em sua natureza jurídica, é:

[c]ontrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão (Adalberto Simão Filho. *Franchising*, São Paulo; 3ª ed., Atlas, 1998, págs. 36/42).

Na doutrina jurídica, ao comentar o §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, CARLOS ALBERTO CARMONA apresenta a definição de contratos de adesão, os quais atrairiam a aplicação do mencionado dispositivo normativo. Veja-se abaixo:

Caracterizam-se os contratos de adesão pela desigualdade entre as partes contratantes: basicamente, uma das partes, o polícitante, impõe à outra – o oblato – as condições e cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas, de modo que o oblato cinge-se a anuir à proposta do polícitante. Tais contratos supõem, antes de mais nada, a superioridade econômica de um dos contratantes, que fixa unilateralmente as cláusulas contratuais; o contratante economicamente mais fraco manifesta seu consentimento aceitando, pura e simplesmente, as condições gerais impostas pelo outro contratante; a proposta é, de regra, aberta a quem se interessar pela contratação; e a oferta é predeterminada, uniforme e rígida. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 106).

Assim, com fundamento na doutrina e nos julgamentos deste Superior Tribunal de Justiça, o contrato de franquia ou *franchising* é inegavelmente um contrato de adesão.

Quanto à diferenciação apresentada pela recorrida segundo a qual, contratos “por adesão” são distintos de contratos “de adesão”, entendo que essa sutileza sintática é incapaz de representar alguma diferença semântica relevante, pois o Direito não trata de forma distinta essas duas supostas categorias. Nesse sentido, é relevante trazeremos à colação o preciso ensinamento de NELSON NERY JUNIOR:

A doutrina faz distinção entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Aqueles seriam forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.

O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. Assim, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público (“aprovadas pela autoridade competente”, art. 54, *caput*, CDC) como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito geral de contrato de adesão. (...)

O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala. (grifos nossos) (Ada Pellegrini Grinover *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 622-623).

Além de irrelevante para a resolução da controvérsia a distinção semântica entre contratos “de adesão” e aqueles “por adesão”, também não há embasamento jurídico para limitar o alcance do disposto no art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96 aos contratos representativos de relações de consumo.

Por outro lado, é claro que entre o disposto no art. 51, VII, do CDC e no §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem há uma grande área de sobreposição, mas é inegável que ambos os dispositivos não se confundem e continuam a proteger bens jurídicos distintos.

Como visto na lição de NELSON NERY JUNIOR acima, o contrato de adesão é apenas uma técnica para a formação de contratos, quando exigências de economias de escala e de uniformização do produto ou serviço se impõem a determinado segmento econômico, mas não é tipo ou categoria autônoma de contrato. Não podemos, assim, limitar os contratos de adesão apenas às relações de consumo, pois, como visto acima, é pacífico na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça que os contratos de franquia não consubstanciam relações de consumo, mas utilizam essa técnica para a formação dos contratos.

Ao comentar especificamente o dispositivo em análise da Lei de Arbitragem, CARLOS ALBERTO CARMONA entende que sua função não é outra que não a de

favorecer o contratante economicamente mais fraco, a fim de evitar a imposição da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, ao prever requisitos para a validade do compromisso arbitral em contratos de adesão. Assim, com o §2º do art. 4º da Lei 9.307/96, busca-se evitar que a cláusula de compromisso arbitral seja incluída de forma leviana entre todas as demais cláusulas do contrato:

Como advertia René David (*L'Arbitrage dans le Commerce International*, Paris: Ed. Economia, 1982, p. 276), aquele que firma um compromisso sabe exatamente os limites da obrigação que assume, enquanto a cláusula compromissória pode passar despercebida no contrato principal que a contém, pois o interesse dos contratantes está centrado na qualidade e quantidade das mercadorias, seus preços, prazo de entrega, responsabilidade etc., de tal sorte que a cláusula compromissória, por mais importante que possa vir a ser um dia, corre o risco de não chamar a atenção dos contratantes. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 107).

Essa questão foi lateralmente abordada no julgamento do REsp 1.169.841/RJ, de minha relatoria, em que se analisou a possibilidade de utilização de arbitragem como forma de resolução de conflitos em relações de consumo. Naquela oportunidade, afirmamos que:

[a]o mesmo tempo em que estabeleceu como regra geral a obrigatoriedade de se respeitar a convenção arbitral, a Lei nº 9.307/96 criou mecanismos para proteger o aderente que, ao firmar contrato de adesão, se vê impossibilitado de discutir as cláusulas contratuais, que lhe são impostas unilateralmente pelo proponente.

Essa proteção foi consubstanciada pelo art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 que dispõe sobre condição de eficácia à cláusula de arbitragem em contratos de adesão. Ao final, o REsp 1.168.841/RJ restou assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CABIMENTO. LIMITES.

1. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando

pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96.

2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.

3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/97 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

Por força dessa regra específica, 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.

IV – Da competência do Poder Judiciário para apreciar a validade de compromisso arbitral – princípio *Kompetenz-Kompetenz*

O acórdão recorrido afirma que, havendo convenção de arbitragem, deve ser reconhecida a incompetência absoluta do Poder Judiciário para resolver a controvérsia, extinguindo-se o processo, sem resolução de mérito, conforme disposto no art. 267, VII, do CPC/73. A Justiça Comum, prossegue o acórdão do TJ/SP, seria competente para examinar a questão apenas após a sentença arbitral.

No MC 14.295/SP (DJe 13.06.2008), decidi no mesmo sentido, afastando a competência do Poder Judiciário nas fases iniciais do procedimento de arbitragem, com a aplicação estrita do princípio *Kompetenz-Kompetenz* :

Como bem destacado pelo Tribunal local e, repise-se, não atacado pela requerente em seu recurso especial, questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96.

A *Kompetenz-Kompetenz* (competência-competência) é um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida.

Dessa forma, a resolução de questões litigiosas fica a cargo do árbitro e, para isso, não exige a lei que o ato jurídico seja válido ou imune a nulidades ou causas supervenientes de ineficácia, como se defende na espécie. Ao contrário, a questão litigiosa pode ser justamente a ineficácia do ato jurídico. Nessas circunstâncias, a jurisdição arbitral não se desloca, pois legalmente é o árbitro quem detém competência para dirimir essas matérias assim como para decidir sobre sua própria competência.

Essa prioridade não apenas se perfila com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e com a sistemática introduzida pela Lei nº 9.703/96, que se censuram atos de protelação ou afastamento do rito arbitral, como também assegura a proposta de tornar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos, limitando a atuação do Poder Judiciário à execução da sentença arbitral.

Desde então, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça mostrou algum abrandamento com o mencionado princípio. Assim, veja-se o julgado no REsp 1.082.498/MT (Quarta Turma, Relator Min. Luís Felipe Salomão, DJe 04/12/2012), em cuja ementa verifica-se o seguinte:

2. Ademais, em face da recusa do tribunal arbitral pela parte convocada, é incontestante a competência do órgão do Poder Judiciário para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula compromissória, inexistindo a possibilidade de recusa à prestação jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, mormente por se tratar de questão anterior à instauração da instância alternativa, a qual, somente a partir desse momento, terá a exclusividade na apreciação da lide.

4. Por isso que, uma vez acionado para proceder à execução específica da cláusula compromissória, deve o Juízo prolatar sentença contendo os elementos necessários à instalação da arbitragem, consoante procedimento preconizado pelo art. 7º da Lei 9.370/1996, em vez de extinguir de ofício o processo sem resolução de mérito.

Essa modulação do princípio competência-competência foi notada pela doutrina jurídica, a qual comenta sobre a hipótese de análise de nulidades identificadas *prima facie* pelo Poder Judiciário:

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que se está em presença de situação similar (muito embora distinta) à análise *prima facie* da convenção de arbitragem (que pode se dar pelo Poder Judiciário ou pela instituição administradora do procedimento arbitral, conforme o caso). Esta também pode levar, em alguns casos, se não à inaplicabilidade, pelo menos à modulação do princípio competência-competência, quando reste absolutamente evidente e inequívoca, ainda que mediante mera análise perfunctória (*prima facie*), a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem no caso concreto. (Maíra de Melo Vieira. Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no REsp 1.082.498/MT. In: Arnaldo Wald (Coord.). *Revista de arbitragem e mediação*. vol. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005, p. 374).

Mais recentemente o tema voltou a ser objeto de discussão neste Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento do REsp 1.278.852/MG, e, apesar de, à primeira vista, parecer que a exceção ao *Kompetenz-Kompetenz* ocorre apenas nos compromissos arbitrais “em branco” (quando a cláusula se limita a afirmar que litígio entre as partes será resolvido por arbitragem), ficou aberta a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em outras hipóteses, quando houver a necessidade de apreciação de questões anteriores e necessárias à instauração do juízo arbitral. Fora esses casos excepcionais, de acordo com o decidido na REsp 1.278.852/MG, há uma alternância de competência entre os órgãos arbitrais e judiciais relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção.

Essa alternância de competências já era reconhecida pela doutrina jurídica, mais uma vez na lição de CARLOS ALBERTO CARMONA, a qual aponta hipóteses em que ocorrerão possíveis inconvenientes:

A atribuição de poderes ao árbitro para regular seus próprios poderes, porém, resolve apenas parte do problema, pois, em algumas hipóteses, caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Isso ocorrerá como já se viu, nos casos do art. 7º da Lei, e também quando o réu, citado para os termos de uma demanda, arguir exceção de compromisso, sem esquecer que, quanto à cláusula arbitral, poderá o juiz, de ofício,

reconhecendo sua validade, extinguir o processo, remetendo as partes à via arbitral para solucionar seu litígio. Percebe-se, portanto, que o *ordenamento brasileiro – à semelhança do que ocorreu na Itália – não estabelece uma competência exclusiva do árbitro para resolver todo e qualquer ataque à convenção de arbitragem, o que naturalmente poderá criar inconvenientes de difícil solução (...).*

*A forma mais sensata de resolver este tipo de impasse será suspender o processo arbitral até a decisão, pelo juiz togado, da questão preliminar que lhe terá sido submetida, até porque, ao final e ao cabo, tocará ao juiz togado enfrentar a questão da validade da convenção de arbitragem na demanda, que será certamente movida pela parte resistente com base no art. 21 da Lei. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 176. Grifos nossos).*

Como podemos verificar, a solução apontada pela lição acima privilegia, inclusive, a atuação jurisdicional em detrimento da arbitral quando se discute a validade da convenção de arbitragem na demanda, em claro desprestígio ao princípio da competência-competência.

Retornando ao precedente estabelecido pelo REsp 1.278.852, é importante considerarmos que, naquele caso, a convenção arbitral foi inserida em transação implementada e homologada em Juízo, sendo essa orientação tomada em outras decisões, como nos REsp 1.283.388/MG e 1.327.085/MG, com o seguinte teor:

A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no mesmo rumo da tese defendida nas razões do especial, no sentido de que a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em acordo judicial homologado deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio juízo arbitral.

Essa ressalva é relevante, pois neste recurso especial não estamos a discutir uma cláusula arbitral instituída em acordo judicial devidamente homologado pelo Poder Judiciário, mas de uma cláusula compromissória estabelecida em contrato de adesão, celebrada sem requisitos legais estabelecidos pelo art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem.

Além disso, devemos mencionar que o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* também foi revisto na Alemanha, que é apontada como a origem do princípio da autonomia da cláusula compromissória e o da competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência. Essa revisão foi feita pelo *Bundesgerichtshof* – BGH, equivalente alemão a este Superior Tribunal de Justiça, na decisão do III ZR 265/03, de 13/01/2005, cuja decisão encontra-se abaixo, em tradução livre:

a) após a entrada em vigor da nova lei de regulamentação do processo arbitral, é vedado às partes de um compromisso arbitral estabelecer uma *Kompetenz-Kompetenz* que tenha como consequência a vinculação dos tribunais estatais ao julgamento do tribunal arbitral; b) em razão de uma cláusula *Kompetenz-Kompetenz*, antes de uma decisão sobre a validade da cláusula compromissória, o tribunal estatal não está obrigado a esperar a decisão do tribunal arbitral sobre a competência (§ 1.040 Abs. 1 Satz 1 ZPO [Código de Processo Civil Alemão]); c) um acordo arbitral com a participação de um consumidor pode ser pactuado através de um contrato padronizado, desde que as exigências de forma do § 1.031 Abs. 5 ZPO sejam atendidas. Não é exigível que, da parte do usuário, haja um especial interesse na instalação do tribunal arbitral.

Não se desconhece do julgamento no REsp 1.602.696-PI (Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016), em que se concedeu prioridade ao juízo arbitral para analisar a validade de cláusula compromissória, ementado da seguinte forma:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESILIÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE BEBIDAS. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, 165, 458 E, 535 DO CPC/73. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

1. Inaplicabilidade do NCPD neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do SE nº 5206 AgR, proclamou que a Lei da Arbitragem é constitucional e que parte, ao firmar contrato com previsão de cláusula compromissória, não ofende o art. 5º, XXXV, da CF/88.

4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral devem ser resolvidas com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.

5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes.

6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário.

7. Recurso especial provido.

A contradição entre o julgado mencionado acima e o presente é, no entanto, meramente aparente. Como regra geral, a jurisprudência desta Corte Superior indica a prioridade do juízo arbitral para se manifestar acerca de sua própria competência e que, inclusive, sobre a validade ou nulidade da cláusula arbitral.

Toda regra, porém, comporta exceções para melhor se adequar a situações cujos contornos escapam às situações típicas abarcadas pelo núcleo duro da generalidade e que, pode-se dizer, estão em áreas cinzentas da aplicação do Direito.

Obviamente, o princípio *Kompetenz-Kompetenz* deve ser privilegiado, inclusive para o indispensável fortalecimento da arbitragem no País e sua aplicação no REsp 1.602.696-PI é irretocável. Por outro lado, é inegável a finalidade de integração e desenvolvimento do Direito à admissão na jurisprudência desta Corte de cláusulas compromissórias “patológicas” – como os compromissos arbitrais vazios no REsp 1.082.498/MT mencionados acima e aqueles que não atendam ao requisito legal específico (art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96) que se está a julgar neste momento – cuja apreciação e declaração de nulidade podem ser feitas pelo Poder Judiciário mesmo antes do procedimento arbitral. São, assim, exceções que permitem uma melhor acomodação do princípio competência-competência a situações limítrofes à regra geral de prioridade do juízo arbitral.

Levando em consideração todo o exposto, 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 instituidora da arbitragem, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão interlocutória do Juízo de 1º grau de jurisdição (e-STJ fl. 324), que declarou a nulidade da cláusula arbitral contida no contrato celebrado entre recorrente e recorrida, por ausência dos requisitos legais previstos no art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2016/0134010-1
PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.602.076 / SP
Número Origem: 20678643620148260000
PAUTA: 13/09/2016 JULGADO: 15/09/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**
Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. **CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA**
Secretária
Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA
ADVOGADOS: FERNANDO RISTER DE S. LIMA - SP199386
MARIA BEATRIZ CRESPO FERREIRA - SP276438
RECORRIDO: GOU - GRUPO ODONTOLOGICO UNIFICADO FRANCHISING LTDA
ADVOGADOS: JOÃO PAULO DUENHAS MARCOS - SP257400
ANTÔNIO FERNANDO DE MOURA FILHO - SP306584
ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Franquia

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.