

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – REsp 1.602.076/SP – 3ª T. – j. 15.09.2016 – v.u. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – DJe 03.09.2016 – Áreas do Direito: Arbitragem; Consumidor.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA – Nulidade – Ocorrência – Contrato de adesão – Franquia – Avença que, por sua natureza, não está sujeita às regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, pois não há relação de consumo, mas fomento econômico – Possibilidade de intervenção do Judiciário, ademais, nos casos em que é identificado um ajuste arbitral “patológico”, claramente ilegal, independentemente do estado em que se encontra o procedimento.

Jurisprudência no mesmo sentido

- RArb 45/378 (JRP\2013\17310).

Veja também Jurisprudência

- RArb 38/377 (JRP\2012\46322).

Veja também Doutrina

- A convenção de arbitragem no contrato de adesão, de Nilton César Antunes da Costa – RArb 8/119-141, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 6/1027-1052 (DTR\2006\6); e
- Arbitragem nos contratos privados, de Eduardo Grebler – RT 745/59-66, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 6/923-932 (DTR\1997\469).

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

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.

COMENTÁRIO

**CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PATOLÓGICA E CONTRATO DE FRANQUIA:
A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA *KOMPETENZ-KOMPETENZ*
(COMENTÁRIO AO RESP 1.602.076/SP)**

*PATHOLOGICAL ARBITRATION CLAUSE AND FRANCHISE CONTRACT:
THE APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF COMPETENCE-COMPETENCE
(COMMENTS ON THE DECISION RESP 1.602.076/SP)*

RESUMO: O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* atribui à corte arbitral a prioridade para decidir sobre a sua própria competência nos conflitos a ela submetidos. Este artigo analisa, entretanto, acórdão no qual o Superior Tribunal de Justiça, interpretando a Lei de Arbitragem brasileira, formou jurisprudência no sentido de que, nos contratos de adesão (como nos contratos de franquia), a existência de cláusula compromissória patológica pode levar à intervenção do Poder Judiciário no conflito, configurando hipótese de modulação da regra da primazia do tribunal arbitral.

ABSTRACT: The principle of Competence-Competence empowers an arbitral tribunal the priority to decide its own jurisdiction in the disputes submitted to its arbitration. This article considers, however, a decision of the Brazilian Superior Court of Justice that interprets the Brazilian Arbitration Law and it has established jurisprudence in the sense that, in adhesion contracts (for example, the franchise contracts), the existence of a pathological arbitration clause allows the intervention of the Judiciary in the conflict, and this is a hypothesis of modulation of the rule of the primacy of the arbitral tribunal.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de franquia – Cláusula compromissória patológica – Princípio da *Kompetenz-Kompetenz* – Judiciário brasileiro.

KEYWORDS: Franchise contract – Pathological arbitration clause – Principle of Competence-Competence – Brazilian Judiciary.

1. CASO CONCRETO

Na origem, Odontologia Noroeste Ltda. (*franqueada*) propôs, na Justiça estadual, ação anulatória de circular de oferta e de contrato de franquia cumulada com pedido de indenização contra GOU – Sistema Ortodôntico Unificado Franchising Ltda. (*franqueadora*), sob o argumento da existência de irregularidades contratuais.

A franqueadora ré apresentou defesa com pedido preliminar de extinção do feito, sem julgamento de mérito, pois o contrato de franquia celebrado com a franqueada conteria cláusula que convencionou a arbitragem para a solução de eventual litígio, devendo ser respeitada a competência da corte arbitral, sem intervenção do Judiciário.

O Magistrado de primeiro grau rejeitou a preliminar levantada pela defesa, sob o fundamento de que o contrato de franquia tem natureza de contrato de adesão e impossibilita ao aderente discutir suas cláusulas. Determinou, assim, o prosseguimento do feito, com produção de prova.

Contra referida decisão, a franqueadora ré interpôs agravo de instrumento para o segundo grau, no qual reiterou a necessidade de extinção do feito, sem julgamento de mérito, pois haveria convenção de arbitragem e o *franchising* não seria um contrato de adesão sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal de Justiça, por maioria de votos, deu provimento ao agravo interposto pela franqueadora e extinguiu o processo, sem resolução de mérito, o que, na prática, fez valer a competência do juízo arbitral para dirimir o conflito.¹

Irresignada, a franqueada Odontologia Noroeste Ltda. interpôs recurso especial, autuado no Superior Tribunal de Justiça sob o n. 1.602.076/SP e distribuído à relatoria da Ministra Nancy Andrighi, integrante da Terceira Turma.

O recurso especial, fundamentado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, apontou contrariedade aos arts. 4º, 8º e 20 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996); arts. 2º, 51, VII, e 54 do CDC; art. 3º da Lei de Franquia (Lei n. 8.955/1994); art. 166, IV, do CC/2002; e arts. 114, 131, 165, 267, VI, 458, II, 525, 526 e 535, I e II, do CPC/1973. Pleiteou, em síntese, a aplicação das regras consumeristas, por ser a franquia um contrato de adesão; a interpretação do § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem de modo a tornar nula a cláusula compromissória viciada e a afastar a competência da corte arbitral; e o reconhecimento de divergência jurisprudencial com julgados do TJPR e do TJSC.

Ao apreciar o recurso especial, a Relatora Min. Nancy Andrighi destaca, em seu voto, temas que considera imprescindíveis para a solução da controvérsia: (i) o contrato de franquia como espécie de contrato de adesão, mas não como contrato de consumo; (ii) os requisitos de validade das cláusulas arbitrais inseridas em contrato de adesão (§ 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem); e (iii) a possibilidade de o Judiciário examinar a validade do compromisso arbitral a despeito da regra da *Kompetenz-Kompetenz*.

1. TJSP, AI: 20678643620148260000 SP 2067864-36.2014.8.26.0000, Relator: Ricardo Negrão, Data de Julgamento: 17.11.2014, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 25.11.2014.

2. CONTRATO DE FRANQUIA (FRANCHISING)

De início, o art. 2º da Lei de Franquia traz um conceito sobre o objeto dos contratos que rege:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva 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.

No recurso especial, a recorrente Odontologia Noroeste Ltda. (franqueada), pleiteou, primeiramente, a aplicação da legislação consumerista ao contrato de adesão à franquia celebrado com a recorrida GOU – Sistema Ortodôntico Unificado Franchising Ltda. (franqueadora).

Todavia, a relatora Ministra Nancy Andrighi afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia empresarial. A fundamentação de S. Exa. é no sentido de que a franquia não implica relação de consumo entre franqueador e franqueado, e sim relação de fomento econômico para incentivar a atividade empresarial deste último.

De fato, é pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o franqueado não consome bens ou serviços do franqueador, mas tão somente os comercializa perante terceiros (estes, sim, consumidores e destinatários finais).²

Não obstante haja semelhanças entre as disposições do art. 51, VII, do CDC³ e do § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996)⁴, são comandos destinados à tutela de bens jurídicos que não se confundem.

2. Nesse sentido: "Agravo regimental em recurso especial. Direito processual civil. Negativa de prestação jurisdicional. Súmula n. 284 do STF. Contrato de franquia. Ausência de relação consumerista. Foro de eleição. Possibilidade. Inversão do julgado. Súmulas ns. 5 e 7 do STJ. Recurso da recorrente não-provido.
(...).
2. "O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 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". (REsp 632.958/AL, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 04.03.2010, DJe 29.03.2010).
(...).
5. Agravo regimental a que se nega provimento."
(AgRg no REsp 1.336.491/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27.11.2012, DJe 13.12.2012).
3. "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
(...).
- VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem."
4. "Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
(...).
- § 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."

Por conseguinte, entende a relatora que, não se caracterizando o contrato de franquia como um contrato de consumo, descabe falar em nulidade do compromisso arbitral com base no art. 51, VII, do CDC, que dispõe especificamente sobre a abusividade da cláusula contratual que imponha a arbitragem nas relações de consumo.

3. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Como matriz de resolução de litígios no juízo arbitral posta à opção das partes, a "convenção de arbitragem" é tratada pela legislação brasileira como *gênero* composto pelas *espécies* "cláusula compromissória" e "compromisso arbitral".⁵

A cláusula compromissória é previsão de cunho preventivo em que as partes, previamente, elegem o juízo arbitral (e não o Judiciário) para a solução de possíveis conflitos oriundos do contrato. O compromisso arbitral pressupõe a existência de um conflito atual e já deflagrado entre as partes, as quais, por meio desse instrumento, elegem a arbitragem para solucioná-lo.⁶

A doutrina majoritária fala em autonomia da cláusula compromissória, de sorte que a mera circunstância de estar inserida em contrato viciado não necessariamente afasta a sua higidez:

E diz-se *necessariamente* porque, em algumas hipóteses, será inevitável a falência da cláusula compromissória diante da destruição do contrato em que estiver inserida: basta imaginar que o contratante seja incapaz, que a assinatura aposta no instrumento seja falsa, etc. Caberá, portanto, ao árbitro decidir se o ato das partes que estabelece sua própria competência tem ou não eficácia. Se o árbitro decidir pela nulidade da convenção de arbitragem, proferirá sentença terminativa (o laudo, portanto, terá conteúdo meramente processual).⁷ Em virtude da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato, aquela não está subordinada a este, não incidindo a regra do *accessorium sequitur suum principale*. A manifestação da vontade expressa na cláusula arbitral não depende, portanto, da validade do objeto principal do contrato.⁸

Do ponto de vista do conteúdo, importa saber, ainda que sumariamente, que a cláusula "cheia" ou "completa" é a que reúne os elementos necessários para a instauração direta do procedimento arbitral (indica, em especial, a instituição para administrar a arbitragem). Pelo contrário, a cláusula "vazia" ou "em

5. É o que dispõe o art. 3º da Lei de Arbitragem: "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral".
6. Segundo Francisco José Cahali: "Enquanto a previsão da cláusula compromissória se faz em contrato, ou em documento próprio a ele reportado, cujo cumprimento se espera das partes, no compromisso o litígio já está presente e, diante dele, as partes resolvem buscar a solução arbitral para preservar os direitos que entendem lesados. A cláusula pressupõe o vínculo contratual. Já o compromisso pode referir-se à relação conflituosa com origem em negócio ou em fato jurídico, sem ter sido necessariamente cogitada a arbitragem previamente ao nascimento do conflito". (Cahali, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 108).
7. Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 18-19.
8. "[A] validade do objeto principal do negócio jurídico regulado no contrato não é condição para a subsistência da manifestação clausular de vontade das partes em submeter-se à arbitragem na superveniência de litígio, o qual eventualmente poderá englobar a questão da higidez do contrato no qual foram insertos os termos da declaração de vontade" (NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 123).

branco" é omissa quanto à forma de instauração da arbitragem (o seu saneamento exige a celebração de compromisso arbitral ou mesmo ação judicial própria). Diz-se "patológica" ou "defeituosa" a cláusula que apresente redação mal elaborada, contraditória, ilógica ou que dificulte sua interpretação (quando a patologia for tal que não permita preservar a arbitragem, é possível, por exemplo, que seja invalidada, tida como inexistente ou, em último caso, interpretada no sentido do acesso ao Judiciário).⁹

Sobre a cláusula compromissória e sua eficácia nos contratos de adesão, a Lei de Arbitragem dispõe:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

(...).

§ 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 (grifou-se).

No precedente jurisprudencial coligido, diante das disposições do supracitado dispositivo da Lei de Arbitragem, a Ministra Nancy Andrighi questiona no voto condutor:

(a) A franquia é um contrato de adesão¹⁰ apto a atrair os requisitos do mencionado dispositivo legal? e

9. "Diante de situações como estas, os esforços devem ser concentrados para salvar a arbitragem, quando assim seja possível e desde que a dúvida não recaia sobre a vontade das partes em afastar a jurisdição estatal. Fala-se em princípio da salvação da convenção arbitral, da preservação da arbitragem, do favor arbitral. Assim, cláusulas cuja patologia não permita extrair a certeza de terem os contratantes eleito a arbitragem para solucionar a controvérsia, em nosso sentir, devem ser invalidadas ou interpretadas como preservado o acesso ao Judiciário por iniciativa de qualquer das partes (pelo juiz estatal, ao ter como não existente a cláusula, ou pelo árbitro na autoridade que lhe confere a Lei – parágrafo único do art. 8º). Em outras palavras, pela sua relevância, a renúncia à jurisdição estatal deve ser interpretada estritamente (art. 114 do CC/2002). (...) Agora, extraída da cláusula a convicção dos contratantes pela arbitragem, embora com anomalia, deve ser buscado o rendimento máximo da escolha feita, interpretando-se a cláusula de tal forma a acomodar a vontade das partes e as respectivas diferenças à luz dos princípios da arbitragem, tanto no juízo arbitral como no Judiciário" (CAHALI, Francisco José. Op. cit., p. 121-122).
10. Pontuou a Ministra, também, que não há diferença jurídica entre a terminologia contratos *por* adesão e contratos *de* adesão, uma vez que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, fundiram-se as duas categorias. Invoca, a propósito, a opinião 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).

(b) Embora a franquia não configure relação de consumo, seria possível que tais contratos fossem abrangidos pelo § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem?

No tocante ao ponto (a), entende a Ministra que os contratos de franquia têm, sim, natureza de contrato de adesão, conforme atestam a jurisprudência e a doutrina nacionais. Recorda que o Superior Tribunal de Justiça possui importante precedente que examinou a incidência de impostos sobre serviços de qualquer natureza, ISS, aos contratos de franquia, por terem estes natureza jurídica de contrato típico, misto, bilateral, com recíprocas e sucessivas prestações que viabilizam a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, assim como ocorre nos contratos de adesão.¹¹

Quanto ao ponto (b), a Ministra, interpretando o § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, conclui que o conceito de contrato de adesão é compatível com a aplicação do referido dispositivo legal, inclusive para proteger o aderente que, em regra, é a parte mais fraca da relação contratual. Leia-se este elucidativo trecho do voto da relatora:

[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 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 (...).

Frisa a Ministra Nancy Andrighi que a questão não é nova perante o Superior Tribunal de Justiça, que, por ocasião do julgamento do REsp 1.169.841/RJ, também de sua lavra, tangenciou o tema da arbitragem na solução de conflitos em matéria de direito do consumidor.¹² Na ocasião, a Corte Superior decidiu que, por

11. AgRg no Ag 746.597/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 16.05.2006, DJ 08.06.2006.

12. "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.

um lado, a Lei de Arbitragem traz, como regra, a obrigatoriedade da convenção arbitral, mas, por outro lado, essa lei institui, em seu art. 4º, § 2º, um verdadeiro mecanismo de proteção do aderente.

A linha de raciocínio da Corte é a de que o contrato de adesão, como sabido, não possibilita a discussão entre as partes sobre a redação das cláusulas contratuais, já que é pré-elaborado apenas pelo proponente; logo, os contratos de adesão, independentemente de serem ou não de consumo (a exemplo dos contratos de franquia), seguem a regra do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.

4. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

A consagrada regra da *Kompetenz-Kompetenz* implica que a corte arbitral (e somente ela, até que haja decisão arbitral de mérito) deve decidir se possui ou não competência para conhecer do pleito nos exatos termos em que foi deduzido pelo requerente ou pela parte contrária em pedido reconventional (arbitrabilidade do litígio).¹³

Cuida-se de seara na qual a intervenção judicial é limitada, haja vista a soberania do tribunal arbitral para decidir a extensão de sua própria capacidade de julgamento quando estiver em debate a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem perante determinada controvérsia.

No precedente jurisprudencial em comento, o Tribunal estadual havia decidido, por maioria, que:

(...) uma vez convencionada a arbitragem e suscitada a preliminar de incompetência em contestação, deve-se reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Estadual Comum para dirimir o conflito, impondo-se a extinção do processo sem resolução do mérito.

Tal entendimento foi, no entanto, reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, como se passa a expor.

No julgamento do recurso especial, a Ministra Nancy Andrighi afirma que, em respeito ao corolário da aplicabilidade estrita de um dos princípios basilares da arbitragem (o *Kompetenz-Kompetenz*), o Judiciário não deve interferir nas fases iniciais do procedimento arbitral. Cabe ao árbitro, nesse momento, a primazia de analisar a matéria relativa à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, nos termos do art. 8º, parágrafo único, e do art. 20, ambos da Lei de Arbitragem.¹⁴

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."

(REsp 1.169.841/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06.11.2012, DJe 14.11.2012).

13. "É o que se designa por regra de 'competência da competência' do tribunal arbitral (i. e., competência para decidir sobre a sua própria competência, regra esta que é mais frequentemente conhecida pelas correspondentes expressões alemã *Kompetenz/Kompetenz*, inglesa *Competence/Competence*, ou francesa *Compétence de la compétence*)" (CARAMELO, Antônio Sampaio. *Temas de direito da arbitragem*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p. 32).

14. "Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. (...).

Em reforço, a relatora traz os fundamentos lançados no julgamento singular da MC n. 14.295/SP, também de sua relatoria, *litteris*:

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 n. 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.

Não obstante, a Ministra observa que o Superior Tribunal de Justiça passou a sinalizar "algum abrandamento" do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*. Isso ocorreu, designadamente, em julgado que apreciou caso concreto em que, havendo cláusula compromissória com vício de conteúdo, a parte convocada recusou a corte arbitral eleita pelo peticitante, pois o advogado desta última seria supostamente presidente da Federação Nacional dos Tribunais de Arbitragem do qual a corte arbitral indicada faz parte.¹⁵ Esclarece

Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual proposição da demanda de que trata o art. 33 desta Lei."

15. "Processo civil. Recurso especial. Arbitragem. Cláusula compromissória. Recusa do tribunal arbitral pelo peticitado. Extinção *ex officio* do processo sem resolução do mérito. Impossibilidade. Violação do art. 535 do CPC configurada.

(...).

2. Ademais, em face da recusa do tribunal arbitral pela parte convocada, é incontestável 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.

5. Recurso especial provido."

(REsp 1.082.498/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.11.2012, DJe 04.12.2012).

a magistrada que o Judiciário se torna, em casos tais, competente para declarar a vontade contida na cláusula compromissória e proceder-lhe a execução.

Trata-se, aqui, da aplicação do art. 6º, *caput*, e parágrafo único, combinado com o art. 13, § 2º, da Lei de Arbitragem,¹⁶ os quais, diante da não aceitação do árbitro, autorizam a parte inconformada a propor a solução do conflito perante o Judiciário, a teor do art. 7º, e parágrafos, da referida lei¹⁷. Essa seria, portanto, a razão de a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ter entendido que, em casos semelhantes, as

16. "Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

(...).

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

(...).

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

(...).

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juizes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

(...)."

17. "Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral."

instâncias ordinárias não deverão extinguir o processo sem resolução de mérito tão somente com fundamento no princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.

Traz a Ministra Nancy Andrighi outro julgado, a saber, o REsp 1.278.852/MG,¹⁸ o qual firmou que a possibilidade de modulação da *Kompetenz-Kompetenz* pelo Judiciário não se restringe às cláusulas compromissórias vazias ou patológicas. Tal modulação também ficaria "aberta" para ser aplicada a outras hipóteses, principalmente se se fizer necessária a análise de questões prévias e essenciais à abertura do juízo arbitral. Confira-se, quanto ao tópico, a fundamentação da relatora:

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 n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 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.

Pontua a Ministra que a alegação de nulidade da cláusula arbitral inserida em acordo judicial homologado deve ser submetida primeiramente à corte arbitral. Entretanto, frisa a relatora, não é isso que se discute nos autos do REsp 1.602.076/SP, ora em exame, mas, sim, a nulidade de cláusula compromissória constante de contrato de adesão, cláusula esta que não atende às exigências do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, situação que dá ensejo à intervenção do Judiciário.

Ainda, a relatora sustenta seu posicionamento no fato de que a jurisprudência alemã, emanada do *Bundesgerichtshof – BGH*, a Corte Federal Alemã, procedeu à revisão do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*,¹⁹ do qual decorrem a autonomia da cláusula compromissória e a competência da corte arbitral para declarar sua própria competência.

Segundo a julgadora, há exceções à regra geral da *Kompetenz-Kompetenz*, as quais, mesmo diante da prioridade da corte arbitral para decidir sobre sua própria competência e sobre a validade ou nulidade da cláusula compromissória, devem ser analisadas pontualmente, *verbis*:

Obviamente, o princípio *kompetenz-kompetenz* deve ser privilegiado, inclusive para o indispensável fortalecimento da arbitragem no País (...). Por outro lado, é inegável a finalidade de integração e desenvolvimento

18. REsp 1.278.852/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.05.2013, DJe 19.06.2013.

19. Caso n. III ZR 265/03, de 13 de janeiro de 2005.

do Direito a admissão na jurisprudência desta Corte de cláusulas compromissórias "patológicas" – como os compromissos arbitrais vazios no REsp 1.082.498/MT mencionado acima e aqueles que não atendam o 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.

Conclui a Ministra no sentido de dar provimento ao recurso especial da franqueada, para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a decisão do juiz de primeiro grau que declarou nula a cláusula compromissória constante do contrato de franquia, por não preencher os requisitos previstos no art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.

Por fim, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da relatora.

5. CONCLUSÃO

No julgamento do REsp 1.602.076/SP, por meio do voto condutor da relatora Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que, mesmo sendo o mérito sobre a arbitrabilidade do conflito uma ponderação da competência exclusiva do árbitro (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*), as atuações dos juízos arbitral e togado não são, cada qual em seu momento procedimental, excludentes entre si quanto ao tema da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem.

Por ocasião do referido julgado, além da atuação do Judiciário na hipótese de cláusula compromissória patológica e "em branco", o Colegiado sinalizou que a Lei de Arbitragem também permite a atuação judicial depois de proferida a sentença do árbitro, visto que, de acordo com a inteligência dos arts. 32, I, e 33 do diploma,²⁰ a parte que se sentir prejudicada poderá pleitear a nulidade da decisão arbitral ao órgão competente do Judiciário.

A despeito de várias posições contrárias, a orientação do acórdão comentado delinea, no direito pátrio, uma pontual modulação da primazia da competência da corte arbitral, impondo um abrandamento da regra da *Kompetenz-Kompetenz* nas "exceções" analisadas no julgado.

20. "Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I – for nulo o compromisso;

(...)

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I – decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II – determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial."

6. REFERÊNCIAS

- CAHALI, José Francisco. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CARAMELO, António Sampaio. *Temas de direito da arbitragem*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PATRICIA CÂNDIDO ALVES FERREIRA

*Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito (Largo de São Francisco) da Universidade de São Paulo (USP).
Mestra pela Faculdade de Direito (Largo de São Francisco) da Universidade de São Paulo (USP).
Assessora de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).
patricia.calfer@gmail.com*

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

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.

VOTO

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

ingere-se a controvérsia a 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 CO-RÉ. 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 có-reu, 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 N. 5 E 7-STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283-STF. I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 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 n. 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 n. 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 “*contrato 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, o qual atrairia 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 uma 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 o 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 “*ao 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 incontestado 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. (Maira 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 Arnoldo Wald (Coord.). Revista de arbitragem e mediação. v. 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 d 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 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 ART. 131, 165, 458 E, 535 DO CPC/73. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INFASTABILIDADE 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 deve ser resolvido, 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, 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 a admissão na jurisprudência desta Corte de cláusulas compromissórias “patológicas” – como os compromissos arbitrais vazios no REsp 1.082.498/MT mencionado acima e aqueles que não atendam o 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 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.