

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.276.872 - RJ (2018/0084050-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
AGRAVANTE : ENGEBRA EMPRESA DE ENERGIA DO BRASIL EIRELI
ADVOGADO : ALUÍZIO GERALDO CRAVEIRO RAMOS - GO017874
AGRAVADO : UNIÃO
INTERES. : COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA
EMERGENCIAL - CBEE

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo interposto por Empresa de Energia do Brasil Ltda. – Engebra contra decisão do TRF da 2ª Região, que não admitiu o recurso especial com amparo na aplicação das Súmulas 5, 7 e 83 do STJ (e-STJ, fls. 607/609).

Impugnada especificamente a decisão, conhecimento do agravo e passo à análise do recurso especial.

O apelo nobre foi manejado com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão, assim ementado (e-STJ, fl. 537):

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO CONTRATUAL. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EXTINÇÃO SEM SOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou extinta a ação ordinária, sem solução de mérito, em razão da existência de convenção de arbitragem.

2. O fato de a arbitragem ter sido afastada em outro processo não impede que a questão seja reapreciada na presente demanda, sobretudo porque a sentença não transitou em julgado e, ainda que assim não fosse, a fundamentação utilizada não faria coisa julgada (art. 514, I, CPC/2015).

3. É possível a inclusão de cláusula compromissória de arbitragem em contrato de aquisição de potência e energia elétrica celebrado entre empresa estatal e empresa privada, pois, estando estritamente ligado à atividade econômica desenvolvida, não acarreta lesão a direito indisponível da Administração. Dessa forma, a autorização legal para arbitragem fundamenta-se no art. 1º da Lei nº 9.307/96. Precedente: STJ, 2ª Turma, REsp 612.439, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 14.9.2006.

4. Os vícios alegados pela demandante e que maculariam a cláusula compromissória inserida em contrato de adesão devem ser submetidos primeiro à análise do árbitro, não do juiz (v. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 39).

5. Apelação não provida.

Sem embargos de declaração.

Alega a parte insurgente, nas razões do recurso especial, às e-STJ, fls. 541/571, violação dos arts. 297, VII, do Código de Processo Civil/1973; 423 do Código Civil; 58, I, da Lei n. 8.666/1993; e 4º, *caput* e § 2º, 22, § 4º, e 22-A da Lei n. 9.307/1996.

Justifica que a extinção da ação sem julgamento do mérito fere o princípio da presunção de legalidade do ato administrativo, a inafastabilidade de jurisdição do

Superior Tribunal de Justiça

Poder Judiciário e a segurança jurídica ocasionada pela determinação do TCU no sentido de que a cláusula arbitral fosse retirada do contrato.

Sustenta, além de dissídio jurisprudencial, contrariedade ao art. 4º, *caput* e § 2º, da Lei n. 9.307/1996, porquanto não houve inequívoca demonstração da manifestação de vontade da parte recorrente em aderir e constituir o juízo arbitral.

Argumenta que (e-STJ, fl. 560):

Houve vício de consentimento na aceitação pela Recorrente dos termos contratuais impostos pela Recorrida, pois não era vontade daquela afastar a análise judicial de qualquer desavença originada do contrato. Porém, uma vez que o contrato administrativo firmado entre as partes é de adesão, não existia escolha pela contratante senão assiná-lo tal como descrito.

Aduz que, pela natureza adesiva do contrato, para que a cláusula arbitral produzisse efeitos, deveria ter sido instituída em documento anexo ou negritada, com assinatura ou visto especialmente para o item.

Argumenta que é possível à parte se socorrer do Poder Judiciário, por meio de medida cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei n. 9.307/1996.

Contrarrazões às e-STJ, fls. 578/597.

Parecer do Ministério Público Federal às e-STJ, fls. 730/736.

É o relatório.

A irresignação não merece acolhida.

Com efeito, a alegação de violação dos arts. 297, VII, do Código de Processo Civil/1973; 423 do Código Civil; 58, I, da Lei n. 8.666/1993; e 22, § 4º, e 22-A da Lei n. 9.307/1996 e as teses a eles relacionadas não foram analisadas pelo Tribunal de origem, bem como não foram opostos embargos de declaração contra o respectivo acórdão.

Dessa forma, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal com base no art. 105, III, "a", da Constituição.

Incide ao caso, portanto, o disposto nos Enunciados 282 e 356 da Súmula do STF, a seguir transcritas:

Súmula 282: "É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida a questão federal suscitada".

Súmula 356: "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Sobre o tema, o seguinte precedente jurisprudencial:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LINHA TELEFÔNICA. COBRANÇA INDEVIDA. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA

Superior Tribunal de Justiça

PRESCRIÇÃO DECENAL E DANO MORAL. ACÓRDÃO ESTADUAL EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 83 E 7 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado nº 1 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (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. O prazo prescricional decenal previsto no art. 205 do CC não foi objeto de debate pelo aresto impugnado e nem foram opostos embargos de declaração pelo recorrente para obter o necessário prequestionamento. Incidem, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do STF.

3. Nos termos da jurisprudência iterativa desta Corte, o inadimplemento contratual da concessionária prestadora do serviço de telefonia por si só, não gera reparação por dano moral, sendo necessária a prova de que, da ilicitude da conduta, tenha emergido dano. Não há portanto, que se falar em dano moral in re ipsa na hipótese.

4. O Tribunal de origem reconheceu a ausência de comprovação do dano moral pleiteado com base no contexto fático que lhe foi apresentado.

Rever tal entendimento esbarraria no óbice da Súmula nº 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1.488.154/RS, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/6/2016, DJe 10/6/2016 - grifos acrescidos)

Outrossim, ao decidir acerca da eficácia da cláusula arbitral, em razão de ter sido inserida em contrato de adesão sem os destaques exigidos pelo art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, a Corte *a quo* utilizou-se do seguinte fundamento (e-STJ, fl. 534):

Contudo, saliente-se que, em conformidade com o previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96: "cabera 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". Portanto, os vícios alegados pela demandante e que maculariam a cláusula compromissória em questão devem ser submetidos primeiro à análise do árbitro, não do juiz (v. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 39).

Tal entendimento não destoa da jurisprudência do STJ que se firmou no sentido de que, segundo o princípio do kompetenz kompetenz, previsto no art. 8º da Lei n. 9.307/1996, cabe ao juízo arbitral, com precedência sobre qualquer outro órgão julgador, deliberar a respeito de sua competência para examinar as questões que envolvam a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que tenha cláusula compromissória.

Nesse sentido:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO.

DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.

I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.

III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e conseqüente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controvertida, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de anti-suit injunction, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.

V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).

VI - A Lei n. 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes. IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada

pela Lei n. 13.129/15).

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.

(CC 139.519/RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A cláusula arbitral contratada pelas partes goza de força vinculante e caráter obrigatório, derogando-se a jurisdição estatal.

3. O princípio basilar do Kompetenz-Kompetenz, consagrado nos artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem, estabelece ser o próprio árbitro quem decide, com prioridade em relação ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, a validade ou a eficácia do contrato que contém cláusula compromissória.

4. A discussão dos autos trata do descumprimento do contrato em virtude da não observância da cláusula compromissória em si, bem como da revisão contratual, ante a onerosidade excessiva, decorrente da cobrança de juros compensatórios, remuneratórios e moratórios, de multa contratual, da capitalização de juros e da forma escolhida para a realização dos cálculos.

5. Agravo interno não provido.

(AglInt no AREsp 425.931/MG, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2018, DJe 17/10/2018)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTATAL E JUÍZO ARBITRAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO EXECUTIVA PERANTE O JUÍZO ESTATAL, COM O DEFERIMENTO DE MEDIDAS CONSTRITIVAS E ANTERIOR PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM PARA, EM OBSERVÂNCIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, SEJA DIRIMIDA CONTROVÉRSIA EXISTENTE EM RELAÇÃO AO CRÉDITO REPRESENTADO PELO TÍTULO QUE LASTREIA A EXECUÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONFIGURAÇÃO.

COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E SOBRESTAMENTO DOS ATOS EXECUTIVOS. NECESSIDADE.

1. De acordo com o atual posicionamento sufragado pela Segunda Seção desta Corte de Justiça, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal, partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional.

2. Afigura-se absolutamente possível a imediata promoção da ação de execução de contrato que possua cláusula compromissória arbitral perante o Juízo estatal (única Jurisdição, aliás, dotada de coercibilidade, passível de incursionar no patrimônio alheio), não se exigindo, para esse propósito, a existência de prévia sentença arbitral. Afinal, se tal contrato, por si, já possui os atributos de executibilidade exigidos pela lei de regência, de todo despiciendo a prolação de anterior sentença arbitral para lhe conferir executividade. Todavia, o Juízo estatal, no qual se processa a execução do contrato (com cláusula compromissória arbitral), não possui competência para dirimir temas próprios de embargos à execução e de terceiros, atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e das matérias que foram eleitas pelas partes para serem solucionadas pela instância arbitral (kompetenz kompetenz).

3. Cabe ao Juízo arbitral, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.307/1996 que lhe confere a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da kompetenz kompetenz, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, validade e eficácia (objetiva e subjetiva) da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo arbitral, a obstar o prosseguimento da execução perante o Juízo estatal, enquanto não definida a discussão lá posta ou não advir deliberação em sentido contrário do Juízo arbitral reputado competente.

(CC 150.830/PA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe 16/10/2018)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FALSIDADE CUMULADA COM EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. ASSINATURA. FALSIDADE. ALEGAÇÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se o juízo estatal é competente para processar e julgar a ação declaratória que deu origem ao presente recurso especial tendo em vista a existência de cláusula arbitral nos contratos objeto da demanda.

2. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. 3. A consequência da existência do compromisso arbitral é a extinção do processo sem resolução de mérito, com base no artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil de 1973.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.550.260/RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/

Superior Tribunal de Justiça

Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 20/3/2018)

Ante o exposto, com fulcro na Súmula 568/STJ e no art. 932, III e IV, do CPC/2015, c/c o art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2018.

Ministro Og Fernandes
Relator

