

Aspectos controversos da arbitrabilidade objetiva nos contratos de concessão de petróleo e gás natural

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Pós-doutor pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. *E-mail*: contato@roaa.adv.br

Lucas Carvalho de Souza

Advogado do escritório Faveret Lampert Advogados. Bacharel em Direito pelo IBMEC. Membro do grupo de pesquisa “Análise e perspectivas da arbitragem na Administração Pública” coordenado pelo prof. Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *E-mail*: lcsouza@ftt.com.br

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar os contornos da arbitrabilidade objetiva no setor do petróleo e do gás natural. Em determinado caso, é possível perceber que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP – tem procurado afastar a aplicabilidade da cláusula compromissória prevista nos contratos de concessão, inclusive com a propositura de ações judiciais, com o intuito de afastar determinadas controvérsias contratuais da arbitragem e de preservar a sua autoridade regulatória. Ao final, o texto propõe o respeito das cláusulas contratuais, inclusive da cláusula compromissória, com a efetivação dos princípios da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica, inerentes à prosperidade do setor de óleo e gás.

Palavras-chave: Arbitragem. Contrato de concessão. Óleo & Gás.

Sumário: **1** Introdução – **2** A Arbitragem envolvendo a Administração Pública – **3** O emprego da cláusula arbitral nos contratos de concessão de O&G – **4** Arbitrabilidade objetiva: críticas aos impedimentos à atuação do juízo arbitral sustentados pela ANP – **5** Considerações Finais

1 Introdução

O presente artigo pretende analisar os contornos da arbitrabilidade objetiva dos conflitos jurídico-administrativos sujeitos à arbitragem no setor do petróleo e do gás natural.

Considerado importante mecanismo alternativo para a solução de conflitos, a arbitragem sempre foi encarada como um recurso fundamental nas práticas internacionais costumeiras da indústria do petróleo e gás natural, mostrando-se exitoso na resolução de controvérsias entre os próprios particulares e entre estes e o Poder Público.

Não obstante o considerável tempo transcorrido desde a consolidação deste significativo mecanismo extrajudicial para a Administração Pública, há de se notar algum preconceito por parte de determinados agentes públicos na utilização da arbitragem que não pretendem abrir mão das prerrogativas processuais normalmente previstas na jurisdição estatal.

Após a apresentação da visão geral da arbitragem na Administração Pública e da evolução histórica do emprego da cláusula arbitral nos contratos de concessão de Óleo & Gás (O&G), o texto analisará dois procedimentos arbitrais que suscitaram a discussão quanto aos limites da arbitrabilidade objetiva e o papel desempenhado pela ANP.

2 A arbitragem envolvendo a Administração Pública

A partir da alteração promovida pela Lei 13.129/2015, a Lei de Arbitragem passa a estabelecer, de forma expressa, que a Administração Pública, direta e indireta, por meio da autoridade competente para realização de acordos e transações, poderá estabelecer convenção de arbitragem de direito (e não por equidade) para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade (art. 1º, §1º e §2º e art. 2º, §3º, da Lei 9.307/1996).

Antes da alteração promovida pela Lei 13.129/2015, a utilização da arbitragem pela Administração Pública (arbitrabilidade subjetiva) gerava controvérsias.

O STF, em precedente anterior à Constituição (caso Lage), admitiu a arbitragem em relações fazendárias.¹ Por outro lado, o STJ, ao tratar de contratos celebrados por empresas estatais, admitiu a utilização da arbitragem nos respectivos ajustes.² O TCU, em algumas oportunidades, afirmou que a utilização da

¹ STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, DJ 15/02/1974, p. 720.

² STJ, REsp 612.439/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 14/09/2006, p. 299; STJ, MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 19/05/2008.

arbitragem nos contratos administrativos, sem previsão legal específica, violaria o princípio da indisponibilidade do interesse público.³

Não obstante as controvérsias, prevalecia possibilidade de utilização da arbitragem na Administração Pública.

No campo das contratações estatais, a arbitragem em contratos privados da Administração Pública (ex.: contratos celebrados por empresas estatais) sempre contou com maior aceitação da doutrina e da jurisprudência, especialmente em razão da preponderância da aplicação do regime jurídico de direito privado e pela ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes, na forma do art. 62, §3.º, I, da Lei 8.666/1993.

Por outro lado, a arbitragem em contratos administrativos já contava com previsão em diplomas legais específicos (ex.: art. 5.º, parágrafo único, da Lei 5.662/1971, art. 5.º art. 23-A da Lei 8.987/1995, art. 93, XV, da Lei 9.472/1997, art. 43, X, da Lei 9.478/1997, art. 35, XVI, da Lei 10.233/2001, art. 11, III, da Lei 11.079/2004). Aliás, independentemente de previsão legal específica, a utilização da arbitragem nos contratos administrativos encontrava fundamento no art. 54 da Lei 8.666/1993, que determina a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado.

Registre-se, também, que o art. 55, §2.º, da Lei 8.666/1993, ao exigir a estipulação de “cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual”, jamais impediu a pactuação da arbitragem.⁴ A referida norma não exige que todas as controvérsias sejam dirimidas pelo Judiciário, mas apenas prevê a cláusula de eleição de foro, mesmo porque a arbitragem não afasta, de forma absoluta, a via jurisdicional (ex.: arts. 6.º, parágrafo único; 11, parágrafo único; 13, §2.º; 20, §§1.º e 2.º; 22-A, 22-C, 33). Em suma: a cláusula de eleição de foro não é incompatível com a cláusula arbitral.⁵

³ TCU, Decisão 286/1993, Plenário, rel. Min. Homero Santos, Dou 04/08/1993; TCU, Acórdão 587/2003, Plenário, rel. Min. Adilson Motta, DOU 10/06/2003; TCU, Acórdão 906/2003, Plenário, rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, DOU 24/07/2003; TCU, Acórdão 1099/2006, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10/07/2006. O Tribunal, posteriormente, admitiu a arbitragem nos contratos celebrados por sociedade de economia mista (Petrobras), versando exclusivamente sobre “a resolução dos eventuais litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e a disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos”. TCU, Acórdão 2094/2009, rel. Min. José Jorge, DOU 11/09/2009. Todavia, nessa última hipótese, os contratos não seriam administrativos propriamente ditos, mas privados da administração e, portanto, submetidos, naturalmente, ao direito privado.

⁴ A exigência contida art. 55, §2.º da Lei 8.666/1993 é afastada nos seguintes casos: a) licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação; b) contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do chefe do Poder Executivo; e c) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior (art. 32, §6.º c/c o art. 55, §2.º, ambos da Lei 8.666/1993).

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 123, mai./ago., 2008; CARMONA, Carlos Alberto.

Com a promulgação da Lei 13.129/2015, que inseriu o §1.º no art. 1.º da Lei 9.307/1996, a discussão em torno da arbitragem no âmbito do Poder Público perdeu força, uma vez que a referida norma passou a prever, de forma ampla, a utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta para resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Desta forma, no tocante à arbitrabilidade subjetiva, as pessoas jurídicas de direito público (entes da Federação, autarquias e fundações estatais de direito público) e as pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado) podem prever a arbitragem como forma de solução de suas controvérsias. Nesse sentido cabe mencionar que o STJ, em acórdão sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão,⁶ excluiu a União de arbitragem coletiva, por oito votos a um, instaurada por acionistas minoritários da Petrobras contra a Companhia que buscava indenização pela desvalorização dos papéis após a operação Lava Jato revelar desvios financeiros. O principal fundamento da exclusão da União do procedimento arbitral, no entendimento dos ministros, foi o fato da cláusula compromissória ter sido aprovada em assembleia geral da Petrobras em 2002 e, portanto, devendo ser considerada apenas manifestação de vontade da Petrobras e não da União (arbitrabilidade objetiva). Além disso, os entes da Administração Pública só passaram a gozar de arbitrabilidade subjetiva em 2015 com o advento da Lei 13.129/2015 conforme explanado, argumento que, em nossa opinião, deve ser relativizado, uma vez que a arbitragem já seria possível antes da promulgação do referido diploma legal.

Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 48-49; SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 245.

⁶ STJ: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE PÚBLICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO "LAVA JATO". PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO. 1. No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001. 2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva). 3. Nos exatos termos da cláusula compromissória prevista no art. 58 do Estatuto da Petrobras, a adoção da arbitragem está restrita "às disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social". 4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao ente público - circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da "competência-competência" - sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia. 5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado". STJ, CC 151.130/SP, Segunda Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, DJe 11.02.2020.

Não obstante o relevante avanço da referida alteração legislativa na busca por maior segurança jurídica, permanecem alguns desafios na utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, com destaque especial para definição do alcance da arbitrabilidade objetiva.

De acordo com o §1.º no art. 1.º da Lei de Arbitragem, também incluído pela Lei 13.129/2015, a arbitrabilidade objetiva compreende os direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se, a nosso ver, de assunto inerente às contratações administrativas, uma vez que o contrato é o instrumento que encerra a disposição, pela Administração, da melhor forma de atender o interesse público. Vale dizer: as questões que podem ser objeto da contratação administrativa são, em princípio, disponíveis, passíveis de submissão à arbitragem.⁷

Naturalmente, a disputa arbitral não pode ser aplicada como método de solução para controvérsias envolvendo “questões de estado, de direito pessoal e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.⁸

Como não poderia deixar de ser, boa parte da literatura que se propõe a abordar o assunto define o conceito de disponibilidade no campo de arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública como aquele correspondente às matérias passíveis de contratação,⁹ não havendo correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.¹⁰

No que diz respeito aos contratos administrativos, há uma variedade de critérios que buscam diferenciar os direitos patrimoniais disponíveis e os indisponíveis, dada a complexidade de tal tarefa,¹¹ notadamente pela indeterminabilidade do conceito jurídico.

Para se referir a matérias passíveis de submissão pela via arbitral em um litígio envolvendo a Administração Pública, a doutrina costumeiramente usa como exemplo aquelas relacionadas aos aspectos referentes (i) ao equilíbrio

⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 101-123, jan./jun., 2019; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 120, mai./ago., 2008.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XXVI, 2016, p. 21.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, p. 41, 2018.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, mar., 2002, p. 147.

¹¹ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 152-153, jul./set. 2015.

econômico-financeiro do contrato, (ii) às disputas sobre cumprimento das obrigações contratuais e (iii) às consequências patrimoniais da extinção do contrato.¹²

Não por simples coincidência foi a adoção de termos análogos para se estabelecer o escopo não exaustivo das controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, previsto no art. 2.º do Decreto 10.025/2019,¹³ que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Alguns Entes federativos, tais como Minas Gerais (Lei 19.477/2011), Espírito Santo (Lei 10.885/2018) e São Paulo (Decreto 64.356/2019), se limitaram a reprisar o que já havia sido genericamente estabelecido na Lei da Arbitragem, não se comprometendo com a definição de direito patrimonial disponível.

Em contrapartida, o Estado do Rio de Janeiro, por meio do art. 1.º, parágrafo único, do Decreto 46.245/2018, inseriu no conceito de direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários.¹⁴

O Enunciado 13 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CEJ/CJF dispõe: “Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I - ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas.”

Verifica-se, assim, que a delimitação da arbitrabilidade objetiva represente grande desafio para evolução e consolidação da arbitragem nas relações envolvendo a Administração Pública.

3 O emprego da cláusula arbitral nos contratos de concessão de O&G

Não há como falar da relação entre a arbitragem e o setor de O&G sem antes se reputar à *lex petrolea*, compreendida como a uniformização das práticas internacionais costumeiras da indústria do petróleo derivada da *lex mercatoria*.

¹² RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público. *Revista Brasileira de Infraestrutura — RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 164, jan./jun., 2013.

¹³ Decreto federal 10.025/2019: “Art. 2º, parágrafo único, incisos I, II e III: Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.”

¹⁴ Decreto 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 1º [...] Parágrafo único. Entende-se por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários.”

Vale dizer que a *lex petrolea* teve sua primeira constatação de existência e validade em um caso paradigmático de arbitragem entre *Aramco v. Arábia Saudita* (1958), em cuja decisão concluiu-se tratar o instituto como uma lei consuetudinária válida para a indústria do petróleo.¹⁵

Ora na celebração de acordos entre concessionário e terceiros para cessão de parte ou da totalidade dos direitos de exploração e produção (*Farmin/Farmout Agreements*), ora na troca de ativos entre os próprios concessionários, dentre eles os próprios direitos de exploração e produção de petróleo de determinadas áreas (*Swap Agreements*),¹⁶ por certo a arbitragem constitui a alternativa que mais conforto traz às partes contratantes, mormente ao investidor estrangeiro, fruto de um histórico reconhecidamente bem sucedido da prática desse método de solução de controvérsias entre pessoas jurídicas de direito privado, ao longo de várias décadas, em diversos países.¹⁷

Sem ignorar a inerência do amplo uso da arbitragem a este ramo energético, a Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo) previu, em seu art. 43, inciso X,¹⁸ a obrigatoriedade da inserção de regras sobre a utilização desse modelo alternativo de resolução de conflitos nos contratos de concessão empreendidos pela ANP, que vem obedecendo tal assertiva desde a 1ª rodada de licitações.¹⁹

É claro que não se quis obrigar a agência reguladora e o concessionário a submeterem seus conflitos à arbitragem. A via arbitral, como mecanismo de solução de controvérsias, é, necessariamente, resultado das vontades livremente manifestadas pelas partes envolvidas.²⁰

Fato é que, mesmo a exploração de petróleo estando sujeita ao regime de monopólio público em função do estratégico interesse público para o Estado brasileiro²¹, não vacilou o legislador pátrio em não apenas possibilitar, como incentivar,

¹⁵ LINS, Carolina Barreira. *Considerações sobre a existência e aplicação da lex petrolea*. Conteúdo Jurídico, Brasília, dez, 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/45697/consideracoes-sobre-a-existencia-e-aplicacao-da-lex-petrolea>. Acesso em: 10 maio 2020.

¹⁶ BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 15, p. 20, 2006.

¹⁷ MELLO, Marcelo Oliveira; ANDRADE, Carlos Cesar Borromeu. A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 147-162.

¹⁸ Art. 43, inciso X, da Lei 9.478/1997: "O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;"

¹⁹ SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Análise das cláusulas de arbitragem nos contratos de concessão da 10ª Rodada de Licitações da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Direito Energia* (Online), v. 2, p. 4, 2010.

²⁰ BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 15, p. 32, 2006.

²¹ NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do; BEZERRA, Juliano César Petrovich; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Participações governamentais nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. *Revista Brasileira do Direito do Petróleo, Gás e Energia*, n. 2, p. 113, set. 2006.

nos primórdios dos efeitos da Lei de Arbitragem, quando ainda se discutia a possibilidade de o Poder Público acordar cláusula arbitral, o uso da arbitragem – em detrimento do Poder Judiciário – pela ANP.

A singela quebra desse paradigma se deu justamente como uma forma de fomentar a concorrência no setor e apontar a atratividade do Brasil para as empresas petrolíferas, que se entusiasmaram e viram oportunidades nos movimentos mais chegados ao liberalismo ocorridos em época contemporânea ao debate da Reforma do Estado.

De lá para cá, foram realizadas 16 (dezesesseis) rodadas de licitações de blocos exploratórios,²² em cujos contratos de concessão sempre se dispôs a respeito de cláusulas compromissórias em seção que trata do “Regime Jurídico”.

Em todos os contratos de concessão celebrados até então entre ANP e concessionário, muitas disposições para a solução de controvérsias por meio de arbitragem ostentaram posição permanente.

É o que se pode dizer (i) da eleição da Cidade do Rio de Janeiro como o foro de prolação da sentença arbitral – onde se encontra o escritório central da ANP e de boa parte dos das próprias concessionárias; (ii) do idioma da língua portuguesa na condução do processo, sem prejuízo de sua instrução com documentos em língua estrangeira; (iii) da nomeação de dois árbitros, cada qual escolhido isoladamente por uma das partes e pelos quais será designado um terceiro como presidente do painel; (iv) da decisão do mérito calcada nas leis brasileiras; (v) do pagamento de valores eventualmente devidos pela agência reguladora via precatório judicial etc. Outras definições, no entanto, sofreram alterações com o passar do tempo.

Da 1ª à 3ª rodadas de licitações, o contrato de concessão pressupunha a adoção das regras da Câmara de Comércio Internacional (CCI) no procedimento arbitral, inobstante facultar às partes mudar consensualmente as normas regimentais.

Após suprimir tal licença nos contratos da 4ª e 5ª rodadas, a ANP trouxe uma mudança relevante acerca da forma de gerenciamento do conflito na 6ª rodada: abandonou-se a opção pela arbitragem institucional (*i.e.*, aquela administrada por uma câmara arbitral), optando-se de modo categórico pelo modelo *ad hoc*, ainda que, curiosamente, coubesse ao painel arbitral escolhido conduzir a arbitragem sob os parâmetros estabelecidos no Regulamento da Corte de Arbitragem da CCI.²³

²² ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Concessão de Blocos Exploratórios*. Disponível em: <http://rodadas.anp.gov.br/pt/concessao-de-blocos-exploratorios-1>. Acesso em: 22 abr. 2020.

²³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 196-197, 2016.

A referida alteração gerou severas críticas, em razão da indisposição com a arbitragem institucional, bem como pela própria dificuldade de se entender qual seria, *de jure*, o modelo a ser contemplado.

Este caráter supostamente híbrido e contraditório se deu até a 10ª rodada de licitações; entre a 11ª e a 13ª rodadas, ainda que mantida a arbitragem *ad hoc*, passou-se a incidir as regras da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral), as quais, diferentemente daquelas previstas no regulamento da CCI, tiveram o propósito de se amoldar às arbitragens *ad hoc*.²⁴

Já não era sem tempo, a ANP, “numa só tacada, reduziu a insegurança jurídica que recaía sobre as cláusulas compromissórias constantes dos contratos de concessão e, ao mesmo tempo, minimizou as chances de questionamento judicial do procedimento arbitral”²⁵ – muito embora tais infortúnios, como poderemos ver no próximo tópico, estejam longe de ser superados por razões correlatas.

A 15ª e 16ª rodadas (2017 e 2019, respectivamente), últimos certames finalizados até a produção deste artigo, deixaram de lado a arbitragem *ad hoc* para readotar a arbitragem institucional, fazendo ecoar os anseios daqueles que há muito aventavam ser esta última a mais adequada para dirimir conflitos que envolvem a Administração Pública.

Em sua nova redação, o contrato de concessão passou a permitir a escolha de uma das três instituições arbitrais nele listadas, sendo elas a Corte Internacional de Arbitragem da CCI, a Corte Internacional do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA) e a Corte do Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia (TPA). Precipuamente, a avença será de comum acordo entre ANP e o concessionário; não sendo possível, a escolha se dará de modo unilateral, a começar pela ANP.

Outra inserção promovida nas subcláusulas compromissórias foi aquela trazida no bojo da 11ª rodada, que se pôs a destinar, exclusivamente ao concessionário, o dever de suportar em caráter preemptivo todas despesas necessárias ao procedimento arbitral, cujos valores eram ressarcidos na hipótese de a ANP ser reconhecida pela sentença arbitral como a parte sucumbente.

Como já era de se esperar, a referida inovação causou extremo alvoroço no debate doutrinário e teve má recepção por parte daqueles que, além de entender que a nova subcláusula transgredia o princípio da igualdade das partes,²⁶

²⁴ CONSTANTINO, Ana. *Arbitragem Institucional ou Ad-Hoc?* Aceris Law LLC. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/arbitragem-institucional-ou-ad-hoc>. Acesso em: 26 mai. 2020.

²⁵ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 198, 2016.

²⁶ Lei 9.307/1996: “Art. 21, §2º: Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

maculava sobremaneira a própria viabilidade econômica da instauração do litígio na seara arbitral.

Sabemos ser comum que em arbitragens envolvendo a Administração Pública o particular tende a ser obrigado a adiantar todo o seu custo por força da estipulação contratual, havendo a standardização dessa regra até nas Câmaras Arbitrais.²⁷

Vale dizer que o espaço de inserção da referida estipulação não se restringe às cláusulas dos contratos administrativos. Com efeito, há de se notar que o sistema de antecipação de despesas com a arbitragem pelo contratado da Administração Pública pode estar encampado, inclusive, por um mandamento normativo. É o que se pode verificar, *e.g.*, no já mencionado Decreto 10.025/2019, que regulamenta a adoção da arbitragem nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. O seu art. 9.º é categórico em afirmar que sempre será do contratante particular a responsabilidade do adiantamento de custas e honorários dos árbitros e peritos.²⁸

Não nos parece a maneira mais justa e apropriada de a Administração Pública tornar frequente a sua participação em disputas arbitrais. Diga-se de passagem, não há qualquer previsão na Lei da Arbitragem que torne o Poder Público dotado de uma pujança presumida para se afastar acautelatoriamente das despesas inerentes ao procedimento arbitral.

Ademais, a imposição do dever de adiantamento ao contratado na hipótese de instauração da arbitragem pela Administração pode gerar prejuízo à economicidade da contratação pública, uma vez que o particular incluirá os potenciais riscos e custos na precificação de sua proposta. Talvez a solução mais adequada seja a imputação, como regra geral, da responsabilidade pelo dever de adiantamento das

²⁷ MANNHEIMER, Sergio Nelson. Cláusula Compromissória em Contratos Públicos – Quando Utilizá-la. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (71), p. 602, 2017. Mencione-se, por exemplo, o Enunciado 4 da Resolução Administrativa 03/2014, do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC): “Nas arbitragens que envolvem controvérsias entre a Administração Pública e particulares, o particular poderá ser o responsável pelo pagamento inicial e/ou antecipado dos encargos e taxas devidos ao CAM/CCBC, assim como pelo adiantamento dos honorários devidos aos árbitros, conforme valores previstos na Seção 12 do Regulamento, sem prejuízo de eventual e posterior ressarcimento por parte da Administração Pública, nos termos do laudo arbitral.” CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *RA 09/2014. Arbitragens com a Adm. Pública Brasileira*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/>. Acesso em: 26 mai. 2020.

²⁸ Decreto federal 10.025/2019: “Art. 9º, caput, incisos I e II: As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial: I - as custas da instituição arbitral; e II - o adiantamento dos honorários arbitrais.” De forma semelhante: art. 11, parágrafo único, da Lei 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais e art. 31, §2.º, da Lei 13.448/2017.

custas e despesas à parte que requereu a instauração do procedimento arbitral, o que não impede a estipulação de forma diversa por acordo entre as partes.²⁹

Em razão das críticas, a ANP, a partir da 15ª rodada, editou a declaração da responsabilidade pelo pagamento das despesas com a arbitragem, fazendo constar na subcláusula que a antecipação do dispêndio é encargo exclusivo da parte requerente da instalação da arbitragem.

Embora haja a incorporação da cláusula compromissória nos contratos de concessão, as condutas da agência sempre traduziram uma indisposição em relação à instauração e ao desenvolvimento do procedimento arbitral ao qual se propôs a participar.

É possível perceber o reflexo dessa constatação na delimitação do rol de direitos patrimoniais disponíveis que a agência reguladora se prontificou a dispor a partir da 13ª rodada de licitações (2015), excluindo da arbitrabilidade objetiva as questões relacionadas às “obrigações previstas em lei, interpretação de definições legais, questões de direito público, nem obrigações de cunho ambiental”.³⁰ Verifica-se, aqui, uma verdadeira inviabilização da arbitragem, uma vez que a atuação do árbitro sempre envolve a interpretação dos dispositivos legais e as regras dos contratos de concessão encontram-se inseridas naturalmente no direito público.³¹

Nas 15ª e 16ª rodadas, pode-se dizer que a relação de controvérsias abrangidas pela noção da ANP do que seriam direitos patrimoniais disponíveis foi alargada, contemplando-se (i) a incidência de penalidades contratuais e seu cálculo, e controvérsias decorrentes da execução de garantias; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do Contrato; (iii) o inadimplemento de

²⁹ Nesse sentido, por exemplo: art. 9º Decreto 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro; art. 4º, §1º, item 5, e art. 8º do Decreto 64.356/2019 do Estado de São Paulo.

³⁰ “34.7.1 Considera-se direito patrimonial disponível, para fins desta cláusula arbitral, os direitos e deveres cujo fundamento são as cláusulas sinalagmáticas do presente contrato, e que não envolvam obrigações previstas em lei, interpretação de definições legais, questões de direito público, nem obrigações de cunho ambiental.” ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Minuta de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural (2015)*, p. 72. Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_13/Edital_R13/modelo_contrato_R13_BE_vfinal.pdf. Acesso em: 3 jun. 2020.

³¹ Nesse sentido, Gustavo da Rocha Schmidt afirma: “Excluiu-se, portanto, do campo da arbitragem controvérsias que envolvam obrigações previstas em lei, a interpretação de definições legais e questões de direito público e de cunho ambiental. Ocorre que a atividade do árbitro, em essência, é a de interpretar o direito posto (isto é, a interpretação de definições legais). Demais disso, inexistente controvérsia que possa surgir de um contrato de concessão e que não verse sobre tema de direito público. O contrato de concessão é espécie do gênero contrato administrativo e se rege, por natureza, pelas regras e pelo regime jurídico de direito público. Logo, se a referida estipulação contratual for levada ao pé da letra, nenhum espaço terá remanescido para a resolução de conflitos pela via da arbitragem.” SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 201, 2016.

obrigações contratuais por qualquer das Partes; e, não menos importante, (iv) as demandas relacionadas a direito ou obrigação contratual.³²

O quarto elemento, ao menos no escopo da cláusula compromissória, pareceu suprir parte das lacunas anteriormente existentes. Até porque, pode-se afirmar que todos os direitos e obrigações que decorram de contratos celebrados pela Administração Pública podem, também por disposição negocial nesse sentido, ser submetidos à arbitragem.³³

Mas, na prática, não é essa a concepção que a agência reguladora tem demonstrado possuir até aqui. Como será evidenciado, a ANP tem revelado a sua indisposição em relação à arbitragem, por qualquer razão que seja, pela utilização de um específico trufo: a conclamação da inarbitrabilidade objetiva sempre que lhe parece haver um prejuízo iminente aos seus interesses.

4 Arbitrabilidade objetiva: críticas aos impedimentos à atuação do juízo arbitral normalmente apresentados pela ANP

As relações entre o Poder Concedente e o concessionário são regidas por princípios que ultrapassam o elemento volitivo dos negócios jurídicos por eles celebrados, deles se exigindo, além do respeito às expressas disposições na avença contratual, a adoção de comportamentos compatíveis com a relação de confiança surgida dos pactos contratuais.³⁴

A vedação à adoção de uma postura contraditória por uma das partes – muito difundida pelo brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium* – visa evitar uma lesão àquela cuja confiança legítima havia sido despertada, notadamente para impedir a violação à boa-fé objetiva.³⁵

Nesse ponto, a relação do princípio da proteção da confiança com a participação do Estado em arbitragem desdobra-se nas vertentes (i) negativa, que se

³² ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Minuta de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural (2017)*, p. 64. Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round15/Edital/modelo_contrato_R15.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020; ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Minuta de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural (2019)*, p. 65. Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round16/edital/contrato_R16_08082019.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, p. 59, 2018.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XXVI, 2016, p. 32.

³⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo brasileiro. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, v. 5, p. 531-548, São Paulo, 2010; SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 65-122.

opõe a qualquer postura estatal inclinada a evitar a arbitragem para recorrer à sua própria jurisdição, e (ii) positiva, esta indutora de um comportamento estatal coerente que mantém uma lógica no seu agir e evita a criação de situações de conflito que acabem por desaguar na instauração da arbitragem.³⁶

A partir de duas contendas específicas, verificaremos que a ANP tende a desatender ambas tais premissas sem muitas cerimônias, provocando o conflito e alegando sua inarbitrabilidade objetiva.

4.1 O caso Newfield

A primeira delas nos remonta à experiência que a Newfield Exploration Company, hoje incorporada pela Encana, teve com o Brasil. A então empresa norte-americana não possuía qualquer atividade em solo brasileiro, até que aqui se constituiu em atenção às oportunidades ofertadas na quarta rodada de licitações (2001-2002), da qual se sagrou vencedora para explorar o bloco BM-ES-20.³⁷

Após a referida conquista, a Newfield sofreu consequências negativas a partir de uma série de desalinhamentos entre o Ibama e a ANP, ambas autarquias federais. Sob o entendimento de que a área na qual o BM-ES-20 estava localizado era de alta sensibilidade, o Instituto negou todas as licenças ambientais requeridas pela concessionária para a realização da campanha exploratória.

Desconsiderando o entrave ambiental, a ANP continuou a exigir da concessionária uma série de obrigações submetidas a prazos que não se mostravam razoáveis diante do cenário instalado.

Antes de encerrar as atividades no Brasil, a empresa recorreu ao tribunal arbitral para rescindir o contrato e requerer a devolução de valores anteriormente pagos a título de bônus de assinatura e de taxa de ocupação e retenção da área.³⁸ A sentença arbitral prolatada em dezembro de 2008 foi, de certo modo, favorável aos seus interesses: endossou-se a resolução contratual e se determinou a parcial restituição das quantias desembolsadas.

Ocorre que, ainda na fase instrutória do procedimento arbitral, a ANP escolheu caminhos de certo incompatíveis com o princípio da segurança jurídica. No primeiro deles, ainda agindo dentro da formalidade – o que não se pode dizer a respeito da outra controvérsia que trataremos mais adiante –, foi suscitada

³⁶ COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves Considerações acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (68), p. 63. 2014.

³⁷ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural 48610.009215/2002*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em: 6 jun. 2020.

³⁸ Procedimento arbitral CCI Newfield Brasil Ltda. vs. ANP (Caso 14.543/CCO/JRF).

“preliminar de inarbitrabilidade”, alegando a agência reguladora que a lide versava sobre direitos regulatórios e, portanto, indisponíveis.

A pretensão foi rechaçada pelo tribunal arbitral e, pouco tempo depois, a ANP entendeu por bem direcionar à Fazenda Nacional a atribuição de ajuizar, perante a Justiça Federal, execução fiscal que buscasse o pagamento de multa pela ruptura do contrato de concessão.³⁹

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região declarou a nulidade da Certidão de Dívida Ativa que deu origem à execução judicial, fazendo-se de extrema relevância a transcrição das reflexões apresentadas no referido julgado:

Diante de tal cláusula, perece perfeitamente cabível o argumento da excipiente no sentido de que, uma vez que solucionado o conflito perante o “árbitro” escolhido pelas partes, não pode sua decisão ser desconsiderada sob o argumento de que, uma vez inscrita em dívida ativa, os valores cobrados passam a ser “indisponíveis”. Na verdade, se existia cláusula contratual vinculando as partes à arbitragem, aqueles valores jamais poderiam ter sido cobrados sem que fosse decidido o pleito formulado pela executada em sede de arbitragem.

Se a Fazenda desejasse afastar a aplicabilidade do que ficou decidido na esfera arbitral, deveria se valer de alguma das hipóteses do artigo 32 da lei nº 9307/96, uma vez que somente em algum daqueles casos é possível pleitear judicialmente a nulidade da decisão arbitral, e conseqüentemente, um reexame da matéria. Mas nenhuma daquelas hipóteses foi mencionada, tendo a Fazenda simplesmente alegado que o caso seria de direito indisponível, estando, portanto, afastada a aplicação da arbitragem. Tal alegação não pode ser considerada pertinente, em primeiro lugar porque a se pensar como a Fazenda, qualquer valor pecuniário cuja titularidade fosse da Fazenda, a seu ver teria caráter indisponível, o que não corresponde à realidade, uma vez que a Fazenda pode agir como particular em determinadas relação jurídicas contratuais (v.g. locação, etc.). Em segundo lugar, porque se a matéria fosse efetivamente indisponível, o próprio órgão encarregado de realizar a arbitragem teria se eximido do julgamento da causa, o que não ocorreu, conforme visto.⁴⁰

Ao final da relação, a Newfield chegou a um acordo financeiro com a ANP nos moldes da sentença arbitral, mas a disputa, possivelmente, gerou profunda desconfiança nos demais *players* de O&G.

³⁹ Justiça Federal do Rio de Janeiro. *Execução Fiscal 2008.51.01.505224-0*. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁴⁰ TRF/2, Ap. 0505224-09.2008.4.02.5101, 8ª Turma. Especializada, j. 16.11.2011, unânime.

4.2 O caso Petrobras

Outro caso emblemático que merece ser destacado envolve a Petrobras. Passados quase dezesseis anos de vigência do contrato de concessão celebrado com a Petrobras na Rodada Zero de Licitações para a exploração do Bloco BC-60,⁴¹ a ANP notificou a estatal informando que os campos anteriormente arrematados do Parque das Baleias seriam unificados em apenas um (Campo de Jubarte), cabendo à concessionária apresentar um novo Plano de Desenvolvimento com base nessa mudança.

Provavelmente, a ANP viu na descoberta do Pré-Sal existente naquela região uma oportunidade para redefinir os limites daquelas áreas sob novas interpretações geológicas e, com isso, aumentar substancialmente a arrecadação das Participações Especiais (PEs).

Com seu pedido de reconsideração negado, a Petrobras fez uso da cláusula arbitral a fim de impedir que as regras do jogo fossem repentinamente alteradas. A ANP sequer esperou o juízo arbitral tratar de sua competência em sede preliminar, imediatamente pleiteando a anulação do procedimento arbitral por meio de uma *anti-suit injunction*.⁴²

Aos olhos da agência reguladora, o embate sobre a possibilidade ou não da unificação dos campos de petróleo não decorria de uma matéria contratual, mas puramente do seu poder regulatório de império, incluído no rol de direitos patrimoniais indisponíveis e, portanto, não apreciável em arbitragem.

Entre idas e vindas de liminares, o TRF/2 chancelou o entendimento da ANP segundo o qual caberia ao Poder Judiciário se manifestar sobre a competência ou não do tribunal arbitral para realizar o seu próprio juízo de competência.

A questão acabou sendo levada ao STJ pela Petrobras, com a suscitação do Conflito de Competência (CC) 139.519/RJ, que, ao final, sob o voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa, reconheceu que a Lei de Arbitragem consagra o princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*) com base no modelo francês, e não no norte-americano.⁴³

⁴¹ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural 48000.003560/97-49*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em: 5 jun. 2020.

⁴² “As *anti-suit injunctions*, ou ações judiciais com o objetivo de não permitir o julgamento por um órgão jurisdicional ou arbitral considerado incompetente, têm sido objeto de numerosos artigos nos últimos anos. Justifica-se, pois, o estudo do seu papel, no direito brasileiro, por ocasião do aniversário da nossa Lei de Arbitragem.” WALD, Arnoldo. *As anti-suit injunctions no direito brasileiro*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, p. 29-43, São Paulo, 2006.

⁴³ “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

Trocando em miúdos, o Direito Francês defende que a análise de existência de validade da cláusula compromissória só pode ser feita pelo Judiciário após o encerramento do processo arbitral, se a arbitragem ainda não foi instituída ou se a cláusula é manifestamente nula, nos termos do *Code de Procedure Civile*.⁴⁴ Por sua vez, o Direito Norte-Americano admite o exame judicial prévio mais aprofundado da convenção arbitral.⁴⁵

É possível afirmar que a legislação brasileira adotou o efeito negativo do princípio da competência-competência tal qual a legislação francesa. Basta a leitura conjugada dos arts. 8.º, parágrafo único, 20, *caput*, §§1.º e 2.º, e 33, ambos da Lei de Arbitragem, para se verificar que ao juízo arbitral lhe foi conferida a faculdade *prima facie* de deliberar sobre os limites de suas atribuições.⁴⁶ Julgando-se competente, cabe à parte insatisfeita recorrer a órgão julgador estatal, no momento oportuno, por meio do ajuizamento da ação anulatória da sentença arbitral.

Nada obstante, o procedimento arbitral entre a Petrobras e a ANP seguiu seu curso após a decisão do STJ, até que as partes requereram sua suspensão para

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 consequente 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. [...] XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3.º, §2.º, 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." STJ, CC 139.519/RJ, Rel(a). p/ Acórdão Min(a) Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 10/11/2017.

⁴⁴ FRANÇA, *Code de Procédure Civile*, article 1448: "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite." (Tradução nossa: "Quando uma controvérsia relacionada a uma convenção de arbitragem é levada a um tribunal estatal, este se declarará incompetente, a menos que o tribunal arbitral ainda não tenha sido provocado e se o acordo de arbitragem for manifestamente nulo ou manifestamente inaplicável. A jurisdição do Estado não pode automaticamente elevar sua jurisdição. Qualquer estipulação contrária a este artigo é considerada inexistente."). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&idArticle=LEGIARTI000023450943>. Acesso em: 5 jun. 2020.

⁴⁵ TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 132, 2016.

⁴⁶ CONSULTOR JURÍDICO. *Disputa entre Petrobras e ANP deve ser resolvida em arbitragem, decide STJ*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/stj-decide-petrobras-anp-resolvam-disputa-arbitragem>. Acesso em: 5 jun. 2020.

negociar o acordo que viria a seguir:⁴⁷ a Petrobras concordaria com a unificação dos campos e passaria a pagar as reajustadas PEs sobre o denominado Novo Campo de Jubarte; em contrapartida, a ANP garantiria à concessionária a prorrogação da fase de produção por 27 (vinte e sete) anos.

A controvérsia ganhou os contornos da consensualidade e sobre ela não há que se fazer qualquer crítica. Entretanto, permanece no ar até que ponto a ANP se prestaria a persistir no argumento de que a matéria discutida seria inarbitrável pela suposta manifesta indisponibilidade do direito.

4.3 Direitos disponíveis: da interpretação restritiva à extensiva

Ainda que tenham sido poucas as instaurações de procedimentos arbitrais decorrentes da disposição de cláusula compromissória nos contratos de concessão, o histórico comportamental da agência reguladora demonstra que há uma busca ostensiva pela relativização da arbitrabilidade objetiva como forma de tentar garantir a apreciação da controvérsia pelo Poder Judiciário.

Sob a percepção daqueles que contratam com o Poder Público, os episódios anteriormente relatados significam, para todos os efeitos, uma quebra de confiança entre o Poder Concedente e o agente regulado, produzindo um aumento ainda maior de insegurança jurídica no Brasil.⁴⁸

Ora, a confirmação da arbitrabilidade das disputas envolvendo a Administração Pública serve justamente para amenizar a litigiosidade do Estado brasileiro. Não havendo seu afastamento do Poder Judiciário, o esforço de instituições públicas e privadas para promover meios alternativos de solução de controvérsias será em vão.⁴⁹

Aqueles que se mostram partidários à inarbitrabilidade objetiva, comumente sustentada pela ANP por força de poderes de império do Estado que precedem a contratação, parecem não querer se atentar para o fato de que, por mais que

⁴⁷ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Acordo para Encerramento da Controvérsia Envolvendo as Áreas do Contrato de Concessão BC-60*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/arquivos/cap/2018/cap34/minuta-acordo-pa-pos-apAP.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020.

⁴⁸ Acerca da postura adequada pela Administração Pública quando convencionada a cláusula arbitral, Bernardo Bichara Coelho afirma: "As consequências advindas da opção pela Arbitragem originam para o Estado a necessidade de evitar conflitos injustificados que possam se tornar assaz onerosos para ele. Tal postura, embora pareça intuitiva, não costuma ser observada pela Administração Pública, que prefere fugir dos problemas ao invés de evitá-los e, uma vez instalados, opta por adiá-los em lugar de resolvê-los. Um Judiciário moroso, burocrático e não especializado sempre descortinou um cenário ideal para o aludido comportamento. À arbitragem, porém, não tolera esse tipo de manobra." COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves Considerações acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (68), p. 61. 2014.

⁴⁹ TIBURCIO, Carmen, PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a administração pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. *Revista de Processo*, v. 254, p. 433, abr., 2016.

não possam estes ser objeto de negociação, seus efeitos patrimoniais podem ser equacionados pelo método arbitral.⁵⁰

Nesta concepção, os litígios jurídico-administrativos inexoravelmente tratam-se de questões atinentes à validade de atos administrativos.⁵¹ Dentre os tais, serão preponderantes aqueles que impliquem em uma obrigação econômica sobre o particular diretamente associada ao contrato, daí se justificando serem passíveis de apreciação por um painel arbitral.

É preciso separar o joio do trigo. Não se quer aqui legitimar uma indevida instauração de um procedimento arbitral com o objetivo de disciplinar o exercício de competências estatais, definindo se e quando o Poder Público pode invocar seus poderes. Isso não significa dizer, entretanto, que há impedimento na aplicação da cláusula arbitral para se discutir questão relativa à licitude do exercício dessas competências como fundamento jurídico de um pedido.⁵²

Os limites da patrimonialidade do direito podem e devem ser mais amplos e flexíveis. Para além de discordâncias estritamente monetárias, “a patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”.⁵³

Ao contrário do que se pretende fazer crer, o interesse público não é disposto com vistas à satisfação de uma outra categoria de interesse. Em verdade, define-se o melhor caminho para atender o interesse público previamente definido nas cláusulas contratuais. Afinal, “o árbitro não dispõe sobre o interesse público, mas se o contrato foi cumprido corretamente ou não pelas partes”.⁵⁴

Denota-se por ambos os casos relatados no presente artigo que a ANP pretendeu conferir à disponibilidade do direito transacionável uma interpretação

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, p. 51-54, 2018.

⁵¹ CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 5, p. 177, set. 2014/ fev. 2015.

⁵² TIBURCIO, Carmen, PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a administração pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. *Revista de Processo*, v. 254, p. 440, abr., 2016. De acordo com Eros Roberto Grau: “Por isso - repita-se - embora a Administração disponha, no dinamismo do contrato administrativo, de poderes que se toma como expressão de *puissance publique* [alteração unilateral da relação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação sendo expressivos de meros atos de gestão. Em suma, é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato [a Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual. GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, mar., 2002, p. 144-145.

⁵³ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 264, ano 42, p. 99, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 109, jan./jun., 2019.

restritiva, apta a lhe proporcionar a esquia dos efeitos da cláusula compromissória anteriormente pactuada.

Não é estranho desconfiar que parte desta estratégia se dê pelas ainda desejadas prerrogativas processuais que a Fazenda Pública possui sob a jurisdição estatal, a exemplo dos prazos em dobro (art. 183 do CPC), do reexame necessário (art. 496 do CPC) e da exoneração de se arcar com quaisquer despesas que não as verbas decorrentes da sucumbência. Além disso, há uma falsa concepção ainda não superada de que juízo estatal procurará zelar pelo interesse público em maior grau do que o juízo arbitral.⁵⁵

Escapar das inúmeras vantagens compensatórias da arbitragem é, em última análise, destoar do interesse público coletivo e gerar “enorme insegurança jurídica para os contratantes, sobretudo para eventuais investidores que tenham interesse no setor de produção e exploração de petróleo no Brasil”.⁵⁶

4.4 Um novo caminho para a efetiva adoção da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos entre ANP e concessionário

Nada obsta a arguição injustificada da inarbitrabilidade objetiva pela Administração Pública. Em que pese o STJ já tenha se mostrado favorável ao juízo arbitral para avaliar sua própria competência em questões controvertidas quanto à disponibilidade de direitos (vide, por exemplo: CC 139.519/RJ e REsp 1.550.260/RS), a questão ainda pode gerar debates.

É preciso que o Poder Judiciário prestigie o princípio competência-competência, não apenas pela necessidade de obediência da Lei de Arbitragem, mas, também, pela busca de efetividade das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão. A fuga da força obrigatória dos contratos importa em violação ao dever anexo de lealdade, este oriundo da confiança estabelecida entre as partes contratantes.

Nessa esteira, há de se suspeitar se não teria sido melhor a supressão da cláusula compromissória nos contratos de concessão de O&G, atribuindo ao Judiciário plena competência para dirimir conflitos deles derivados. Ao menos haveria, nesta hipótese, uma certa noção para o particular quanto aos custos diretos

⁵⁵ CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 5, p. 180, set. 2014/ fev. 2015.

⁵⁶ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 198, 2016.

e periféricos com os quais teria que arcar até que fosse a controvérsia definitivamente solucionada na via judicial.

Acontece que a medida longe estaria de ser compatível com os meios alternativos de resolução de conflitos. Por isso, torna-se necessário instituir mecanismos coibitivos que busquem a manutenção da coerência do agir administrativo, coadunadas às melhores práticas arbitrais e regulatórias. Mais do que um ato de respeito ao particular, é, inclusive, um comportamento eficiente e econômico.⁵⁷

Nada obsta que, em casos extremos, o Poder Judiciário verifique a ocorrência da litigância de má-fé e aplique as respectivas penalidades aos que deflagrem injustificadas *anti-suit injunctions*.

Aliás, por mais irônico que possa parecer, o sucesso da jurisdição arbitral depende, muito intensamente, do Poder Judiciário, que tem se mostrado protagonista no esforço pela ampliação e pelo aprimoramento da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias, sobretudo quando se trata da arbitragem. Somente por meio do esforço mútuo entre particulares e representantes do Estado será possível propiciar à via arbitral a segurança jurídica necessária para o pleno e sadio desenvolvimento econômico da indústria petrolífera nacional.

5 Considerações finais

Verificamos que o legislador ordinário não vacilou em prever e incentivar, na Lei do Petróleo, o uso da arbitragem pela ANP quando celebrados os contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, muito antes de a relação entre o referido instituto e o Poder Público ganhar seus devidos contornos a partir da Lei 13.129/2015 que alterou a Lei de Arbitragem.

A superação de determinadas questões controvertidas concernentes a essa associação não puseram uma pá de cal sobre o que se entende por direitos disponíveis e indisponíveis da Administração Pública, aos quais sempre será conferida uma interpretação caso a caso em razão da linha limítrofe que os separa, natural de conceitos jurídicos indeterminados.

A interpretação restritiva à arbitrabilidade objetiva, que foi sustentada pela ANP nos casos analisados no presente estudo, colocam em risco a segurança jurídica dos contratos firmados no respectivo setor e o próprio desenvolvimento da arbitragem no âmbito da Administração Pública.

Em suma, uma acepção extensiva dos direitos disponíveis da Administração Pública, com o objetivo de abranger, em regra, a solução das controvérsias

⁵⁷ COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves Considerações acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (68), p. 64. 2014.

inerentes às cláusulas contratuais, poderia contribuir para o respeito das boas práticas internacionais da indústria do petróleo.

Controversial Aspects of Objective Arbitrability in Oil and Natural Gas Concession Contracts

Abstract: This article aims to present the notion of objective arbitrability in the oil and natural gas sector. In a given case, it is possible to notice that the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels - ANP - has sought to rule out the applicability of the arbitration clause provided for in the concession contracts, including the filing of lawsuits, in order to remove some contractual controversies from the arbitration analysis and to preserve its regulatory authority. At the end, the text proposes the respect of contractual clauses, including the arbitration clause, with the implementation of the principles of protection of legitimate expectations and legal security, inherent to the prosperity of the oil and gas sector.

Keywords: Arbitration. Concession contract. Oil & Gas.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XXVI, 2016.
- BUCHÉB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 15, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves Considerações acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (68), 2014.
- CONSTANTINO, Ana. *Arbitragem Institucional ou Ad-Hoc? Aceris Law LLC*. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/arbitragem-institucional-ou-ad-hoc>. Acesso em: 26 mai. 2020.
- CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 5, set. 2014/fev. 2015.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, mar., 2002.
- HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, jul./set. 2015.
- LINS, Carolina Barreira. *Considerações sobre a existência e aplicação da lex petrolea*. Conteúdo Jurídico, Brasília, dez., 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/45697/consideracoes-sobre-a-existencia-e-aplicacao-da-lex-petrolea>. Acesso em: 10 maio 2020.
- MANNHEIMER, Sergio Nelson. Cláusula Compromissória em Contratos Públicos – Quando Utilizá-la. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (71), 2017.

- MELLO, Marcelo Oliveira; ANDRADE, Carlos Cesar Borromeu. A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do; BEZERRA, Juliano César Petrovich; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Participações governamentais nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. *Revista Brasileira do Direito do Petróleo, Gás e Energia*, n. 2, set. 2006.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 101-123, jan./jun., 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo brasileiro. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, v. 5, p. 531-548, São Paulo, 2010.
- RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun., 2013.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, 2016.
- SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Análise das cláusulas de arbitragem nos contratos de concessão da 10ª Rodada de Licitações da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Direito E-nergia* (Online), v. 2, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 117-126, mai./ago., 2008.
- TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, 2016.
- TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- TIBURCIO, Carmen, PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a administração pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. *Revista de Processo*, v. 254, abr., 2016.
- WALD, Arnaldo. As *anti-suit injunctions* no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, p. 29-43, São Paulo, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; SOUZA, Lucas Carvalho de. Aspectos controversos da arbitrabilidade objetiva nos contratos de concessão de petróleo e gás natural. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 233-254, jul./dez. 2020.
