



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO**

**JULIANA VIEIRA MACHADO**

**A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS  
EM CONTRATOS DE CONCESSÃO PETROLÍFERA PELA ANP:  
UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**

**BRASÍLIA  
2024**



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

JULIANA VIEIRA MACHADO

A Arbitragem como Instrumento de Solução de Controvérsias em Contratos de Concessão  
Petroliífera pela ANP:

Uma Análise Doutrinária e Jurisprudencial

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília, como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ana de Oliveira Frazão - Professora Adjunta de Direito Civil e Comercial da  
Universidade de Brasília – UnB

BRASÍLIA

2024

JULIANA VIEIRA MACHADO

A Arbitragem como Instrumento de Solução de Controvérsias em Contratos de Concessão  
Petrolífera pela ANP:

Uma Análise Doutrinária e Jurisprudencial

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília, como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília, 28 de agosto de 2024.

**BANCA EXAMINADORA**

ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO – Orientadora

Doutora

ÂNGELO GAMBA PRATA DE CARVALHO - Coorientador

Doutor

JOAQUIM TAVARES DE PAIVA MUNIZ

LLM

BRUNO CORRÊA BURINI

Doutor

BRASÍLIA

2024

*A meus pais, Machado e Betânia, faróis que iluminam meu caminho, me guiam e aquecem minha alma.*

*Às minhas avós, Flora e Bete, minhas maiores inspirações.*

## AGRADECIMENTOS

Dentre todos os (longos) passos necessários para escrever essa dissertação, este era o que eu mais ansiava. É difícil parar um momento da vida para contemplar uma vitória, não apenas sentindo o alívio de ter vencido mais uma etapa, mas reservando um momento para alegrar-se dela e ser grato a todos que participaram dessa trajetória. E que privilégio é poder fazê-lo.

Aos meu pais, agradeço por tudo que o fui, tudo que sou e tudo que serei. Ao meu pai, José Machado, à quem me dirijo com o maior carinho, obrigada pela vida de conselhos, por todas as provas que me ajudou a estudar, por todos os dias que me levou e buscou na escola (e segue cumprindo a função ainda na faculdade). Obrigada por ter me ensinado tudo o que sei sobre a vida, para que agora possa ir vivê-la. À minha mãe, Betânia, obrigada por ter acreditado em mim (mais do que eu mesma). És a minha maior inspiração, desde quando me levava para as aulas de direito quando eu era pequena. Me ensinou a ser mulher e me posicionar, ao sempre posicionar-se ao meu lado.

Às minhas avós, Floripes e Elisabete, nada seria possível se não fossem essas duas fortalezas. Foi criando meus pais sob muito sol que hoje eu tenho o privilégio de viver sob a sombra. Vencendo nos estudos, se formaram professora e advogada da União. Como avós, desconheço senhoras mais dedicadas e carinhosas. Às duas, eu dedico toda a minha gratidão e admiração.

Aos meus outros familiares, que sempre me apoiaram em todos os passos, ao meu tio Paulo Vieira, que comprou meus primeiros livros de direito, ao meu irmão, Thiago, todos os meus queridos tios e tias, primos e primas: agradeço por sempre serem meu colo e minha maior fonte de alegria.

Academicamente, registro meus agradecimentos à minha orientadora, prof. Ana Frazão. Minha admiração vem desde os primeiros semestres, quando tive o privilégio de tê-la como professora de Direito Privado, e apenas cresceu durante a graduação. A todos os meus professores e funcionários da FD, obrigada pelos anos em que mais aprendi na minha vida.

Não poderia deixar de agradecer ao professor Bruno Burini, não apenas meu professor, já que também tive a oportunidade de tê-lo como chefe. Obrigada por ter me ensinado além do direito processual civil e ter me influenciado grandemente a me formar a advogada que sou hoje. Tenho a te agradecer por todas as minhas paranoias diariamente ao contar prazos.

Profissionalmente, agradeço a todos que se dedicaram um momento dos seus dias corridos para me ensinar, e a lista é certamente longa. Sou imensamente grata ao professor Leandro Gobbo, que foi o primeiro responsável a fazer meus olhos brilharem com o tema de arbitragem. A todas as minhas queridas chefes ao longo dos anos, Marina Acioli, Giovanna Cornélio, Tamiris Bessoni, Najara Cipriano e Isadora Terra, que me permitiram a honra de aprender lado a lado com essas profissionais que tanto me espelham. Agradeço ainda o professor Joaquim Muniz, por ter me permitido ter contato com esse tema objeto da minha pesquisa, que tanto me intriga. Por fim, não há palavras para agradecer meu chefe, Andrews França, que me deu uma oportunidade para integrar sua equipe no Trench e acreditou em mim durante todos esses anos.

Às minhas más companhias, agradeço por terem sido as piores companhias desde o início do curso até hoje. É um prazer me formar ao lado dos que permaneceram no curso e, aos que não permaneceram, obrigada por fazerem questão de se manterem presentes mesmo de longe – sei que a má influência não cessará com a colação de grau. Obrigada Duda, Gege e Pedro por serem meus maiores companheiros em todas as matérias. Ao Tiago e ao Lucca, não tenho palavras, apenas obrigada por todo apoio sempre e por serem os melhores amigos que eu poderia ter. E agradeço a todos os meus grandes amigos que fiz durante essa trajetória, especialmente aos que mais ouviram meu choro e surtos sobre o TCC: Rafael, Maria e Letícia. Vocês são parte do meu coração.

Por fim, como não poderia deixar de ser, um grandíssimo agradecimento ao meu querido Carlos. Agradeço por acreditar em mim e ser meu maior apoiador. Por ter passado aproximadamente 317 horas líquidas me ouvindo sobre as angústias de prestar a prova da OAB e escrever meu TCC. Por se esforçar ao máximo pra entender meu tema e ser meu primeiro leitor.

Enfim, despeço-me da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília com muito entusiasmo para seguir minha carreira como operadora de direito. Apesar do saudosismo que me toma, sei que não é uma despedida definitiva, apenas um até logo. E como diz a música, *“Hoje me sinto mais forte. Mais feliz, quem sabe. Só levo a certeza de que muito pouco eu sei, ou nada sei”*.

## RESUMO

MACHADO, Juliana Vieira. **A Arbitragem como Instrumento de Solução de Controvérsias em Contratos de Concessão Petrolífera pela ANP: Uma Análise Doutrinária e Jurisprudencial.** 2024. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2024.

A presente dissertação investiga a viabilidade e os desafios da arbitragem como método de resolução de conflitos em contratos de concessão para a exploração de petróleo e gás natural no Brasil. Apesar de a Lei 13.129/2015 ter explicitamente permitido a utilização da arbitragem pela Administração Pública, a imprecisão do conceito de "direitos patrimoniais disponíveis" no Direito Público tem gerado divergências e dificultado a efetivação do procedimento arbitral nesse tipo de contrato. A pesquisa analisa a natureza jurídica dos contratos de concessão e a aplicabilidade da cláusula compromissória nesse contexto, considerando a importância da arbitragem para a indústria do petróleo e gás e a arbitrabilidade do direito. O estudo aprofunda a análise da aplicação do princípio da competência-competência e da utilização de medidas antiarbitrais por parte da Administração Pública. Usa como método a revisão bibliográfica sobre a teoria geral da arbitragem, o direito administrativo e o direito do petróleo. Será realizada uma análise de jurisprudência, com foco em decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. A dissertação tem como escopo fomentar o debate sobre a eficácia da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos no setor de petróleo e gás no Brasil, identificando lacunas e propondo soluções para aperfeiçoar o marco regulatório. Ao final, apresentar-se-á as conclusões obtidas.

Palavras-chave: arbitragem; contratos de concessão; petróleo; ANP; kompetenz- kompetenz medidas antiarbitrais; arbitrabilidade objetiva.

## ABSTRACT

MACHADO, Juliana Vieira. **Arbitration in National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels Petroleum Concession Contracts: A Literature and Jurisprudential Analysis.** 2024. Undergraduate Thesis (Law), University of Brasília.

This dissertation investigates the feasibility and challenges of arbitration as a dispute resolution method in concession contracts for the exploration of oil and natural gas in Brazil. Although Law 13.129/2015 explicitly allowed the use of arbitration by the Public Administration, the imprecision of the concept of "available patrimonial rights" in Public Law has generated divergences and hindered the effectiveness of the arbitral procedure in this type of contract. The research analyzes the legal nature of concession contracts and the applicability of the arbitration agreement in this context, considering the importance of arbitration for the oil and gas industry and the arbitrability of the right. The study delves deeper into the analysis of the application of the competence-competence principle and the use of anti-arbitration measures by the Public Administration. This research is a literature review on the general theory of arbitration, administrative law, and oil law. A jurisprudential analysis will be carried out, focusing on decisions of the Superior Court of Justice on the matter. The dissertation fosters the debate on the effectiveness of arbitration as a dispute resolution mechanism in the Brazilian oil and gas sector, identifying gaps and proposing solutions to improve the regulatory framework. Finally, the conclusions obtained will be presented.

Keywords: arbitration; concession contracts; oil; ANP; kompetenz-kompetenz; Anti-suit injunction; objective arbitrability.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

### **1 – ÓRGÃOS E INSTITUIÇÕES**

ANP – Agência Nacional do Petróleo

CCI - Câmara de Comércio Internacional

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TRF – Tribunal Regional Federal

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

### **2 – LEGISLAÇÃO**

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CC – Código Civil

LBA - Lei Brasileira de Arbitragem

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1. ARBITRAGEM</b> .....	<b>12</b>
1.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	12
1.2. A RECEPÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL .....	17
1.3. ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	19
1.4. ARBITRABILIDADE .....	25
<b>2. ARBITRAGEM NO SETOR DE ÓLEO DE GÁS</b> .....	<b>28</b>
2.1. A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL .....	28
2.2. A ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO .....	34
2.3. A INSERÇÃO E MODIFICAÇÕES DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO COM A ANP .....	40
<b>3. O PRINCÍPIO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i></b> .....	<b>52</b>
3.1. CONCEITO .....	52
3.2. EFEITO POSITIVO E NEGATIVO.....	54
3.3. INCONSTITUCIONALIDADE.....	55
3.4. MEDIDAS ANTIARBITRAIS.....	55
<b>4. O ENTENDIMENTO DO STJ</b> .....	<b>58</b>
4.1. CASO PARQUE DAS BALEIAS .....	59
4.2. CASO TUPI CERNAMBI .....	66
4.3. CASO BAÚNA E PIRACABA .....	68
4.4. CONCLUSÕES SOBRE AS DECISÕES .....	70
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>72</b>

## INTRODUÇÃO

A arbitragem com a administração pública é um problema que parecia ter sido superado com a nova redação dada pela Lei 13.129/2015 à Lei 9.307/1996. Muito embora a nova redação tenha previsto expressamente a possibilidade da utilização do procedimento arbitral em conflitos travados com a Administração Pública, o legislador brasileiro decidiu traçar o escopo da arbitrabilidade partindo de categorias imprecisas e até impróprias para o Direito Público, o que vem gerando um disfuncionamento na hora da utilização do procedimento arbitral para resolução desse tipo de litígio (Accioly, 2020).

No âmbito do direito privado, a arbitragem se baseia na autonomia das partes e pode ser convencionada por pessoas maiores e dotadas de capacidade civil, sendo limitada a tratar de direitos disponíveis. Quando adaptada para o Direito Público, a redação genérica dada pela Lei 13.129/2015 prevê que a "administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1º, § 1º).

Se no Direito Privado essa noção de delimitação do que são os direitos disponíveis já não é simples, no Direito Público a ideia de "direitos patrimoniais disponíveis" encontra diversos obstáculos e complexidades para sua definição. Valendo-se desse subterfúgio, são frequentes os casos em que entes da Administração Pública, direta e indireta, recorrem ao judiciário para impedir o prosseguimento ou até a instauração do procedimento arbitral, mesmo que tenha sido celebrado anteriormente a convenção de arbitragem (Talamini, 2016). Essas são as chamadas medidas antiarbitrais (*antiarbitration injunctions*), que têm se mostrado importantes na jurisprudência brasileira, causando diversos malefícios processuais e nos setores econômicos.

Isso porque, por se tratar de um método especializado, a arbitragem é o meio de solução de conflitos mais utilizado pelo comércio internacional. Na indústria do Petróleo, então, é um método muito atrativo que garante mais celeridade, especificidade e segurança, de modo que a convenção de arbitragem tem sido a principal escolha dos contratos privados e administrativos para a resolução de litígios, representando um grande atrativo para investidores que atuam na indústria de Óleo e Gás (*Oil & Gas*).

Esse atrativo pode ser facilmente explicado quando se reflete sobre a possibilidade de disputas contratuais serem resolvidas por um terceiro (ou mais árbitros) neutros e imparciais, fora do âmbito estatal daquele país hospedeiro com quem se firma o contrato. Além disso, reputando-se à característica da arbitragem da possibilidade da definição das regras pelas

quais aquele conflito será resolvido – desde que a moldura normativa não seja infringida, é muito interessante para a indústria a possibilidade da aplicação da *lex petrolea* – no sentido de uniformização das práticas internacionais costumeiras da indústria do petróleo derivada da *lex mercatoria*<sup>1</sup>.

Partindo da definição dessas premissas, a presente dissertação tem como escopo a análise da dificuldade da instauração e do prosseguimento do procedimento arbitral no Brasil em litígios formados com a Administração Pública em contratos de concessão derivados do setor de Óleo e Gás, propondo-se a analisar os principais pontos controvertidos que cercam o assunto, quais sejam da arbitrabilidade objetiva dos litígios decorrentes de contratos de concessão para a exploração de petróleo e gás natural e a aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*.

Para isso, o primeiro capítulo irá apresentar o conceito e a natureza jurídica da arbitragem, as características do procedimento arbitral, passando por um breve panorama da recepção da arbitragem na conjuntura do direito brasileiro e a sua evolução histórica na legislação brasileira e introduzindo a aplicação do procedimento para a resolução de litígios com a Administração Pública.

O segundo capítulo examina a relação e evolução da arbitragem com a indústria do petróleo, analisando a natureza jurídica dos contratos de concessão firmados com a ANP sob a óptica do direito administrativo. A partir das premissas estabelecidas, pondera sobre a arbitrabilidade objetiva dos direitos tratados pelos contratos de concessão e examina o tratamento da cláusula compromissória em todos os contratos administrativos firmados a partir das rodadas de licitação promovidas pela ANP, desde a rodada zero até a décima sétima rodada.

O terceiro capítulo se preocupa em apreciar a utilização das medidas antiarbitrais promovidas pelo poder público e a legalidade das medidas sob a óptica do princípio competência-competência.

Por fim, o último e quarto capítulo faz uma análise jurisprudencial de três casos que foram decididos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do assunto, quais sejam o caso Parque das Baleias, Tupi Cernambi e Baúna Piracaba.

---

<sup>1</sup> 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.

Conclui-se, como o leitor poderá acompanhar, que a imprecisão legislativa e normativa quanto à arbitrabilidade de litígios envolvendo a Administração Pública têm gerado insegurança jurídica e permitido à Administração Pública obstruir a arbitragem prematuramente, submetendo os conflitos à apreciação do Poder Judiciário. Essa prática compromete a essência célere da arbitragem e desestimula a utilização desse meio alternativo de solução de conflitos por parte dos investidores da indústria de petróleo.

## **1. ARBITRAGEM**

Antes de adentrar na discussão central da presente dissertação, sobre a utilização do método arbitral para resolução de litígios com a administração pública no setor de óleo e gás em contratos administrativos para a cessão da exploração de petróleo e gás natural, faz-se oportuno dedicar o capítulo inicial para exposição de conceitos, características e histórico do procedimento arbitral, assim como introduzir a discussão acerca da arbitragem em litígios envolvendo a administração pública. O objetivo é fazer um preparo inicial para o tema, de forma direta e pragmática, sem se ater a discussões meramente acadêmicas, para que, à frente, possamos tecer um olhar crítico para as escolhas do legislador e da ANP ao prever a arbitragem como método de resolução de conflitos.

### **1.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS**

O conceito de arbitragem é pautado na ideia de um método de resolução de conflitos extrajudicial e paraestatal, tendo como princípio a autonomia da vontade das partes. Nesse sentido, apresenta-se como um procedimento privado, cuja essência central de funcionamento se baseia em conflitos extremamente complexos e técnicos e que exijam a presença de profissionais especializados no tema da demanda a ser tratada, qual seja a figura do árbitro.

O árbitro é o terceiro que compõe o litígio, completando a triangularização do processo. É independente, imparcial e toma a figura do juiz de fato e de direito no procedimento arbitral, tendo o poder de emanar decisão de caráter impositivo entre as partes, que terá a mesma eficácia e validade da sentença judicial e que constituirá coisa julgada material.

Carlos Alberto Carmona oferece o seguinte conceito de arbitragem:

"Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor."<sup>2</sup>

Interessante mencionar que, ao trabalhar no conceito, o professor Carmona (1996) pontua que o instituto da arbitragem não serve para "descarregar o excesso de trabalho dos tribunais" como um meio de heterocomposição mais célere, como se esse fosse seu objetivo principal, tal qual o da conciliação e da mediação. Na verdade, o principal objetivo é que as demandas mais específicas sejam tratadas por profissionais técnicos naquela determinada área. Essa característica é um grande atrativo quando aplicada para a resolução de conflitos de temas muito complexos, como acontece nas demandas provenientes da indústria de óleo e gás.

Ainda, nas palavras de Irineu Strenger,

"arbitragem é instância jurisdicional prática em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado ou público, com procedimentos próprios e força executória perante os tribunais estatais"<sup>3</sup>

Por essas definições supracitadas, percebe-se que a arbitragem é um método alternativo de jurisdição. Já a jurisdição é uma espécie de poder, especificamente o poder de decidir imperativamente controvérsias, conforme definido por Carlos Alberto Salles (2010), que é caracterizado por um processo decisório em que as partes têm o direito de provocar e resistir.

Para o estudo doutrinário, a natureza jurisdicional da arbitragem ter sido reconhecida desafia o dogma do monopólio da jurisdição pelo Estado, o que gerou uma controvérsia de séculos entre os doutrinadores e postergou a recepção do procedimento arbitral no ordenamento jurídico.

Três principais vertentes foram consolidadas sobre o assunto, quais sejam: (i) a teoria privatista ou contratualista, que concebe a arbitragem como um mero negócio jurídico privado

---

<sup>2</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32

<sup>3</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais de Comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 196-197

e não desafia o dogma do monopólio da jurisdição estatal<sup>4</sup>; (ii) a teoria publicista ou jurisdicionalista, a qual entende que a arbitragem é investida de jurisdição, equiparando árbitros a juízes estatais; e a (iii) teoria híbrida ou mista, que reconhece a origem contratual da arbitragem, fruto da autonomia privada das partes, mas atribui à decisão arbitral conteúdo jurisdicional.

No direito brasileiro, a arbitragem foi compreendida como de natureza jurisdicional. Conforme Cândido Rangel Dinamarco, "eliminada a necessidade de homologação e, portanto, sendo a sentença arbitral eficaz por si própria, ela é, tanto quanto a do juiz, um ato de *pacificação social* e, portanto, jurisdicional"<sup>5</sup>. Conclui-se, portanto, que o componente jurisdicional que se extrai da arbitragem implica na substitutividade da vontade das partes pela vontade de um terceiro imparcial que produzirá conteúdo decisório que constituirá coisa julgada (Megna, 2017).

Entendido que arbitragem é jurisdição, a conclusão é de que o Estado não detém mais seu monopólio jurisdicional – ao menos não integralmente. Afinal, dos cinco poderes contidos na jurisdição, os árbitros exercem *notio*, *vocatio* e *iudicium*, mesmo que lhes faltem o poder de *imperium* e *executio*. E mesmo que não tenham o poder de constrição, "poderes de *coerção* não lhes faltam, os quais são exercidos mediante *decisões* e não atuações físicas sobre pessoas ou coisas"<sup>6</sup>.

Faz-se então uma divisão entre o que seria a jurisdição privada (arbitral) e a jurisdição estatal (judiciário). Importante notar que serem jurisdições diferentes não impõe obstáculo para que o próprio Estado se submeta a resolução arbitral (Megna, 2017). Carlos Alberto De Salles afirma que, além de não ter instituído um monopólio da jurisdição, o ordenamento jurídico brasileiro também não instituiu uma reserva aos juízes estatais para resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública.

Finalmente, a arbitragem caracteriza-se, então, por um meio alternativo de resolução de conflitos, *heterocompositivo*, dotado de jurisdição própria, que, segundo Eduardo de Albuquerque Parente – e influenciado por Niklas Luhman e sua teoria dos sistemas autopoieticos, é um sistema que faz parte da Teoria Geral do Processo, pois é regido por seus

---

<sup>4</sup> Essa teoria é menos considerada, visto que a partir da promulgação da Lei n. 9.307/2006 a decisão arbitral passou a ter força de sentença.

<sup>5</sup> DINAMARCO, A arbitragem na Teoria Geral do Processo cit., 2013, p. 41.

<sup>6</sup> DINAMARCO, A arbitragem na teoria geral do processo cit., 2016, p. 40

próprios princípios e procedimento, mas também "troca mútuas influências com outros sistemas, tanto no campo processual quanto no material" (*abertura cognitiva*).<sup>7</sup>

Exposto o conceito e a natureza jurídica do método arbitral, passemos a analisar suas características.

Sem a vontade de arbitrar, não há arbitragem. Caso as partes optem pela resolução arbitral, esta pode ser convencionada por compromisso contratual, que será celebrado pelos próprios contratantes no gozo de sua capacidade de contratar e nos limites do que podem dispor. A competência do árbitro, portanto, é originariamente contratual, já que tem um fundamento convencional (Bosco; Valença, 2001).

A convenção de arbitragem<sup>8</sup> pode ser estipulada tanto pela cláusula compromissória quanto pelo compromisso arbitral. Apesar de terem o mesmo objetivo - de instituir a arbitragem - ambos possuem uma importante diferença temporal. Isto é, existindo a cláusula compromissória, não há necessidade de que se firme posteriormente o compromisso arbitral. Enquanto a cláusula compromissória prevê que futuras avenças serão resolvidas pelo juízo arbitral<sup>9</sup>, o compromisso arbitral<sup>10</sup> é o meio pelo qual as partes decidem submeter o conflito atual.

Carmona (2004) adverte que a Lei 9.307/1996 "supervalorizou a cláusula compromissória, a ponto de reconhecer sua eficácia - como fator de afastamento do juiz togado - mesmo quando tal cláusula for "vazia", ou seja, quando as partes não tiverem sequer mencionado a forma de nomear árbitro".<sup>11</sup> Ou seja, a cláusula compromissória não se trata de ato preparatório do compromisso arbitral – ela por si própria é vinculante e suficiente para que o árbitro dê início ao processo.

Apesar de a diferença da cláusula compromissória e do compromisso arbitral ser essencialmente temporal, Carmona (2004) faz uma observação interessante ao notar que o legislador adotou uma preferência pela cláusula compromissória. Essa consideração é

---

<sup>7</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40-43; 309- 311.

<sup>8</sup> LBA, art. 3º: "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."

<sup>9</sup> LBA, 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."

<sup>10</sup> LBA, art. 9º: "O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial."

<sup>11</sup> CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, Jan - Abr / 2004.

relevante porque impacta nos efeitos negativos e positivos da convenção de arbitragem. Explica-se.

O efeito positivo da Convenção de Arbitragem refere-se à imposição às partes do dever de submeter seus litígios à arbitragem – conforme citado anteriormente. Isso significa que, ao firmar a Convenção, as partes renunciam ao direito de recorrer ao Poder Judiciário para solucionar eventuais conflitos futuros. O efeito negativo refere-se à atuação do Estado-juiz, no sentido de que, surgido o litígio sobre qual se convencionou a arbitragem, o juiz togado fica impedido de processar e julgar a controvérsia. A jurisdição, nesse caso, é exclusiva do Tribunal Arbitral (Pitombo, 2007).

Em casos que tenha sido convencionada a cláusula arbitral, o juiz togado pode reconhecer de ofício a existência da convenção arbitral, o que acarretará a prolação de sentença de extinção do processo sem a resolução do mérito. Entretanto, não pode reconhecer de ofício a existência do compromisso arbitral, sendo necessário o requerimento por parte do requerido da ação, conforme disposto no artigo 337, X, e § 5º, bem como no artigo 485, VII, do CPC.

Apesar de alguns entenderem que esse foi um equívoco do legislador, que na verdade teria a intenção de se referir a "convenção de arbitragem" onde está escrito "cláusula arbitral" entre o inc. IX e o §4 do art. 3º da LBA, esse não é o entendimento do professor Carmona. Segundo ele, "trata-se de mais um reforço à arbitragem (e à vontade manifestada pelas partes de resolver disputas através deste meio alternativo de solução de litígios) e não de um equívoco do legislador"<sup>12</sup>.

O efeito negativo e essa possibilidade de ser reconhecida por ofício a incompetência do compromisso arbitral relaciona-se a um princípio fundamental para a arbitragem, qual seja o da *kompetenz-kompetenz* ou competência-competência, que está estipulado no art. 8º da LBA e será desenvolvido oportunamente em capítulo próprio.

Os requisitos formais da cláusula compromissória estão dispostos no artigo 4º da LBA e são poucos. É perceptível que o legislador libertou-se de formalismos desnecessários. Portanto, a cláusula pode aparecer de diversas formas, às vezes de forma deficiente, como é o exemplo da cláusula vazia, ou como cláusula cheia, a qual indica todas as condições necessárias para o início da arbitragem.

---

<sup>12</sup> CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 1/2004, p. 3

Quanto mais detalhada a cláusula, melhor para a instauração mais eficiente do incidente arbitral, assim como analisaremos à frente ao estudar as cláusulas compromissórias presentes nos contratos de concessão firmados com a ANP.

## **1.2. A RECEPÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL**

A recepção da arbitragem no Brasil foi um processo complexo. Em matéria constitucional, a arbitragem surgiu pela primeira vez na Constituição do Império, de 1824, no seu art. 160<sup>13</sup>, e foi posteriormente citada pela Carta de 1895, mas apenas como método para resolução de conflitos entre Estados soberanos, não dispondo sobre a possibilidade do método arbitral entre pessoas físicas. A Carta de 1934 voltou a aceitar a arbitragem, dessa vez assegurando à União a competência de legislar sobre as regras que regulariam o procedimento. As Cartas de 1937 e 1946 ignoraram completamente esse instituto.

A previsão da arbitragem voltou a aparecer na Carta atual, a Constituição Federal de 1988, dispondo sobre a arbitragem no seu art. 4º, VII, bem como no art. 114, § 1º. A previsão do método arbitral foi genérica e sem regulamentação, mas foi importante para atribuir ao método alguma constitucionalidade, além de servir como propulsor da prática no Brasil.

A regulamentação da arbitragem teve como marco a edição da Lei nº 9.307/1996 (anteriormente citada), também conhecida como a Lei Marco Maciel, que delibera sobre a legalidade do procedimento arbitral. Sob elaboração da comissão formada por Carlos Alberto Carmona, Pedro A. Batista Martins e Selma Ferreira Lemes, a partir de uma demanda dos empresários do Brasil, a Lei teve como objetivo sanar algumas falhas e obscuridades que ainda cercavam o procedimento arbitral.

Em suma, trouxe três grandes mudanças: (i) determinou a possibilidade da arbitragem ser instituída por meio de convenção de arbitragem, o que abarca tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral, (ii) concedeu a sentença arbitral o mesmo efeito jurídico da sentença judicial, qual seja o de título executivo judicial e, como uma consequência, (iii) extinguiu a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário - mantendo essa exigência apenas para sentenças arbitrais estrangeiras. A Lei

---

<sup>13</sup>Art. 160. Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

também dispôs que a sentença poderia ser impugnada por meio de Ação Anulatória, seguindo as regras do procedimento comum dispostas no Código de Processo Civil de 73, a ser proposta em um prazo de 90 dias.

Em 2001, o STF teve a oportunidade de se pronunciar acerca da constitucionalidade da Lei no processo de homologação estrangeira SE 5206, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Na votação do plenário, cujo placar foi de sete votos a quatro, os ministros decidiram pela:

"constitucionalidade do juízo arbitral, considerando que "a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. "<sup>14</sup>

Ainda nos mesmos autos, e dessa vez por unanimidade, decidiram pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art.18) e os efeitos da decisão judicial da sentença arbitral (art. 31).

A inconstitucionalidade foi arguida em relação a cláusula compromissória, no sentido de que ela se dirigia a litígios futuros e incertos, portanto *in abstracto*, ofendendo a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV da CF. O entendimento firmou-se no sentido de que não há indeterminação dos conflitos, uma vez que surgem em relação ao contrato firmado. É, então, uma condição determinável e que limita o âmbito da renúncia da jurisdição do judiciário, não ofendendo o princípio constitucional em tela.

Com esses avanços, de modo que a arbitragem foi prevista em lei própria e sua constitucionalidade estava declarada, finalmente a Convenção de Nova Iorque foi ratificada pelo Brasil em 2002, assegurando que a sentença arbitral proferida no território nacional teria reconhecimento obrigatório para todos os países signatários da Convenção, mostrando um grande avanço na arbitragem internacional.

Desde então, a arbitragem tem experimentado um crescimento significativo no Brasil. Novas instituições arbitrais foram criadas para apoiar o funcionamento desse método e fornecer regulamentos prontos para o cumprimento de compromissos arbitrais de maneira institucional. No entanto, esse aumento também evidenciou um desafio antigo: a aplicação da

---

<sup>14</sup> (SE 5206 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12-12-2001, DJ 30-04-2004 PP-00059 EMENT VOL-02149-06 PP-00958)

arbitragem em contratos firmados com a administração pública – no sentido de harmonizar os princípios democráticos e o interesse público com o uso da arbitragem.

### 1.3. ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Marco Antônio Rodrigues, havia três impedimentos constitucionais que geralmente eram citados para a oposição da arbitragem em litígios com a Administração Pública: o princípio da legalidade, a indisponibilidade do interesse público e o princípio da publicidade.

(i) o princípio da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição); (ii) a indisponibilidade do interesse público, princípio constitucional implícito que seria incompatível com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, em sua redação prévia à reforma ocorrida em 2015; e, finalmente, (iii) o princípio da publicidade (artigo 37, *caput*, da Lei Maior), que iria de encontro com uma das principais características das arbitragens mundo afora, qual seja, a confidencialidade. Além disso, o artigo 55, parágrafo 2º, da Lei 8.666 também era óbice levantado à utilização do juízo arbitral pela Fazenda Pública.<sup>15</sup>

Apesar de algumas leis setoriais admitirem a arbitragem<sup>16</sup> no âmbito da Administração pública e o entendimento *pro arbitratis* do STJ, conforme fixado no julgamento do REsp 612.439/RS, no qual o entendimento foi pela possibilidade de arbitragem envolvendo a Administração Pública sem necessidade de previsão legislativa específica, seguindo-se de outros julgados, especialmente MS 11.308/DF e REsp 904.813/PR, a discussão sobre a arbitrabilidade com a Administração gerou muitas dúvidas.

Nesse debate, o TCU<sup>17</sup> se posicionou contrário ao entendimento do STJ, negando a possibilidade da arbitragem sem a autorização legal específica, sob risco de violação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

---

<sup>15</sup> RODRIGUES, Marco Antônio. A Fazenda Pública no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2016. p. 392-293

<sup>16</sup> Lei 10.233/01 (LGL\2001\396) (art. 35, inc. XVI, nas concessões para exploração de infraestrutura); Lei 10.848/04 (LGL\2004\2652) (art. 4º, §§ 5º e 6º, no mercado de energia elétrica); Lei 11.079/04 (LGL\2004\2877) (art. 11, inc. III, nas parcerias público-privadas); Lei 8.987/95 (LGL\1995\43) (art. 23-A, nos contratos de concessão em geral); Lei 9.478/97 (LGL\1997\113) (art. 43, X, nas atividades de extração de petróleo)

<sup>17</sup> Processo TC 008.217/93-9, rel. Min. Homero Santos, Decisão: 286/93, Plenário, Ata: 29/93, DOU de 04.08.1993; e Processo TC 006.0986/93-2, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, Decisão: 188/65, Plenário, Ata: 18/95, DOU de 22.05.1995.

Diante de tal dificuldade doutrinária, a Lei 9.307/1996 foi alterada pela redação dada pela Lei 13.129/2015, que dispôs que "administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*" (art. 1º, § 1º). Com essa alteração, foi eliminada qualquer tipo de dúvida sobre a possibilidade do procedimento arbitral com a Administração Pública, trazendo maior segurança jurídica para o procedimento arbitral (Andrade, 2020).

Portanto, o primeiro impedimento da legalidade foi devidamente superado pela edição da Lei. O dispositivo autorizou sua utilização para a administração direta e indireta (art. 1º, § 1º, da Lei 9.307/96), além de ter sido incorporada e incentivada pelo CPC/15 (art. 3º, § 1º, c/c art. 42). Assim, o direito brasileiro segue a tendência internacional de admitir o procedimento arbitral com a administração pública como meio de resolução de conflitos, ao lado da jurisdição estatal (Andrade, 2020).

Essa crescente pode ser demonstrada. Pela pesquisa com o espaço amostral entre os anos 2021 e 2022 realizada pelo "Projeto Arbitragem em Números" da professora Selma Ferreira Lemes, tem-se que, em 2021, os procedimentos arbitrais que figuravam a Administração Pública como parte representavam 8,5% das arbitragens novas entrantes. Em 2022 esse número foi de quase 11% (10,71%), representando um aumento de 2,3% de novas arbitragens com a participação da Administração Pública Direta e Indireta em 2022 (Lemes, 2023). Em números absolutos, isso significa que, em 2022, das 336 novas arbitragens nas Câmaras pesquisadas, 36 foram com a Administração Pública Direta e Indireta.

Apesar de crescente o número de procedimentos arbitrais instaurados com a Administração Pública, medidas antiarbitrais têm sido vulgarmente adotadas pelo ente público, como uma tentativa de tirar a competência do tribunal arbitral – mesmo em casos em que há a convenção de arbitragem previamente firmada. Alguns casos se destacam porque se arrastam por anos no judiciário, inclusive chegando ao Superior Tribunal de Justiça, conforme exploraremos mais oportunamente em capítulo futuro.

A razão disso é que, mesmo que o dispositivo seja claro em autorizar o método arbitral com a Administração Pública, fixa um limite, ou de certa forma um contorno, impreciso. O parâmetro para esse limite é inexato e refere-se à última parte do artigo: "conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Delimitando dessa forma, o parâmetro legal estabelece que a abertura da via arbitral está condicionada ao cumprimento simultâneo de dois requisitos: (i) a existência de direitos

patrimoniais e (ii) a disponibilidade do direito objeto de controvérsia entre as partes (Accioly, 2020).

O primeiro parâmetro, a existência de direitos patrimoniais, obriga-nos a refletir sobre o que de fato são esses direitos. Segundo Eduardo Talamini, a "patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas de conteúdo econômico"<sup>18</sup>. Isto é, a patrimonialidade não se limita à expressão monetária direta, mas sim à aptidão de ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com valor econômico.

Em contratos com a Administração Pública, portanto, pressupõe-se que todos os direitos seriam arbitráveis por essa hipótese, pois apenas direitos patrimoniais poderiam ser objeto contratual. Segundo Enzo Roppo, a substância econômica de qualquer contrato sempre é a operação econômica, de forma que os direitos não suscetíveis à valoração patrimonial não poderiam constituir matéria contratual. A patrimonialidade é, assim, elemento ínsito a toda relação contratual (Pereira, 2012).

Para João Pedro Accioly, a arbitratibilidade dos direitos derivados depende de sua própria natureza. Não pode o primeiro direito determinar a arbitratibilidade do segundo direito que advém dele, como se em uma lógica da teoria dos frutos da árvore envenenada. Segundo ele, mesmo que haja um fruto que seja indisponível, o outro fruto deve ser analisado de forma independente. Nessa lógica, direitos patrimoniais reflexos de direitos indisponíveis são disponíveis e, portanto, arbitráveis.

Sendo assim, o autor estabelece três premissas importantes para guiar a questão da patrimonialidade no Direito Público: (i) os direitos sem imediata expressão econômica devem ser considerados patrimoniais sempre que a sua transgressão acarretar em medidas reativas (compensatórias, punitivas), como é o exemplo do direito a alimentos; (ii) os direitos de um contrato, mesmo que firmado com a Administração Pública, tem natureza patrimonial presumida; (iii) os desdobramentos de direitos indisponíveis ou extrapatrimoniais que admitam disposição contratual são patrimoniais, portanto arbitráveis.

Vencido o requisito do direito patrimonial, analisemos sua disponibilidade.

---

<sup>18</sup> 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 (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, Ed. RT, v. 264, ano 42, 2017. p. 99

No Direito Civil, como definido por Pontes de Miranda, a disponibilidade refere-se à "capacidade em sentido amplo de o titular do direito poder efetuar a transferência para outra pessoa"<sup>19</sup>. Nesse mesmo sentido, Antônio José de Mattos Neto define o direito disponível como o direito "alienável, transmissível, renunciável, transacionável". A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito"<sup>20</sup>.

Quando esse conceito é transplantado do Direito Civil para o Direito Administrativo, a conclusão de alguns doutrinadores<sup>21</sup> parte do princípio da indisponibilidade do interesse público, concluindo pela indisponibilidade dos Direitos Administrativos e, portanto, pela incompatibilidade do procedimento arbitral com a Administração Pública.

No entanto, essa transplantação de conceito de uma área para a outra é inadequada e não traduz todos os efeitos da sua fixação. Por essa lógica, por exemplo, os Direitos Públicos sequer poderiam ser objetos de contrato – como já fixamos que todos os direitos decorrentes de uma relação contratual são patrimoniais, invalidando, portanto, a figura dos contratos administrativos.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho nota que:

"Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. [...] Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos"<sup>22</sup>.

Portanto, é uma associação que pode gerar conclusões precipitadas e equivocadas no ramo no direito administrativo.

Para Accioly (2020), a Administração Pública tem como dever cumprir suas obrigações, com subsídio nos princípios da legalidade e da autotutela. O Agente Público, nesse cenário, seria como o administrador de uma sociedade anônima, que "deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia,

---

<sup>19</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 478.

<sup>20</sup> MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. Revista de Processo, São Paulo, Ed. RT, n. 122, p. 151-166, 2005

<sup>21</sup> "Não é possível a eleição de juízo arbitral no âmbito dos contratos administrativos, uma vez que os direitos e interesses que os compõem são, por imposição legal, indisponíveis" (MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 3. ed. Curitiba: Znt Editora, 1998. p. 122).

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 822

satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa"<sup>23</sup>. Nesse sentido, não podem praticar qualquer tipo de ato de liberalidade às custas da companhia, mas podem transigir ou convencionar cláusula arbitral para discutir os direitos das empresas.

Eros Grau resolve essa conceituação, considerando não haver "qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público"<sup>24</sup>, porquanto poder-se-ia "dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles". Por isso, a Administração poderia convencionar cláusula de arbitragem sempre que puder contratar, sem que isso importe na disposição do interesse público.

Para Alexandre Santos de Aragão (2017) isso ocorre porque "contratar não é dispor", na verdade é uma forma de abrir espaço para as pretensões privadas de aceitarem condições de preços e de técnicas que são previstas nas propostas de licitação e que geram os contratos administrativos.

Superados os princípios da legalidade e da indisponibilidade do Direito Público, analisemos os princípios da publicidade, inerente à Administração Pública.

O princípio da publicidade, assim como da legalidade, é constitucional e está previsto no art. 37<sup>25</sup>. O choque desse princípio com a arbitragem envolvendo a Administração parte de uma conclusão precipitada de que a confidencialidade seria uma obrigatoriedade do procedimento arbitral.

Embora seja, de fato, um dos grandes pilares da arbitragem, é uma possibilidade das partes convencionarem a tramitação confidencial do procedimento. Não uma obrigação. Não há na LBA qualquer impositivo nesse sentido<sup>26</sup>. É o mais convencional no âmbito do direito privado porque muitas vezes a escolha de outro procedimento (o judicial, por exemplo)

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei 6.404 de 15 de dez de 1976. Lei das sociedades por ações. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)> Acesso em 8 de agosto de 2024.

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, p. 20, grifamos

<sup>25</sup> Constituição Federal, art. 37: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

<sup>26</sup> SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação. 2016. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016

colocaria à mostra segredos industriais, desavenças entre sócios, projetos desconhecidos por concorrentes<sup>27</sup>.

Para eliminar essa dúvida doutrinária, que inclusive parte dela considera a confidencialidade um princípio arbitral, a LBA positivou o princípio da publicidade no âmbito da administração pública, dispondo que "a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade" (art. 2º, § 3, ° da Lei 9.307/1996, incluído pela Lei 13.129/2015).

Portanto, para o direito brasileiro, é certo que devem ser divulgadas as existências de arbitragem com a Administração Pública, assim como acontece atualmente, identificando as partes e o objeto, assim como os gastos para o erário com o procedimento. Porém, como esclarece Bruno Megna (2020), a necessidade externa de divulgação não interfere na divulgação interna da arbitragem, que seriam os atos processuais internos – valendo apenas a ciência das partes para esse aspecto.

Conclui-se que a regra da publicidade não é uma ameaça para a arbitragem com a Administração Pública, mas um princípio norteador que legitima o método perante os cidadãos, gerando *accountability*. Segundo Gustavo da Rocha Schmidt, "A regulamentação a ser baixada, portanto, deve assegurar a todos o amplo acesso à informação, sem prejudicar a celeridade e a eficiência do procedimento".<sup>28</sup>

Dito isso, os três impeditivos constitucionais citados anteriormente, quais sejam a (i) legalidade, (ii) indisponibilidade do interesse público e (iii) publicidade, não são mais princípios que obstam a arbitrabilidade da Administração Pública, mas são princípios que o legislador incorporou na LBA. O conceito de arbitrabilidade veremos a seguir.

---

27 Em pesquisa do Centro Brasileiro de Arbitragem, a confidencialidade foi apontada por 28% dos árbitros, advogados e membros de câmaras arbitrais como uma das três principais vantagens da arbitragem: ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Relatório "Arbitragem no Brasil — Pesquisa CBAr-Ipsos. Disponível em: [[http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa\\_CBAr-Ipsos-final.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf)]. Acesso em 3 de julho de 2024.

28 SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (arbitrabilidade, legalidade, publicidade e a necessária regulamentação). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. XXVI, p. 163-2010. Rio de Janeiro: APERJ, 2016, p. 196

#### 1.4. ARBITRABILIDADE

Chama-se de arbitrabilidade a possibilidade de submeter alguma controvérsia ao procedimento arbitral ou, em outras palavras a "condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem"<sup>29</sup>. É um tema central para a presente discussão porque nem todas as pessoas podem convencionar a cláusula arbitral e nem todas as questões se encaixam nos parâmetros legais para serem apreciadas por juízos arbitrais. Sem arbitrabilidade, a convenção de arbitragem não será válida.

Na lição de Jacob Dolinger e Carmen Tirbucio, a arbitrabilidade é conceituada da seguinte forma:

"Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição - aplicação da lei ao caso concreto - é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros."<sup>30</sup>

O artigo 1º da LBA trata da arbitrabilidade como "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Portanto, o dispositivo enuncia dois requisitos: pessoas capazes (em razão da pessoa, *ratione personae*) e matéria que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis (em razão da matéria (*ratio materiae*)<sup>31</sup>.

Extrai-se desse trecho dois conceitos: a arbitrabilidade subjetiva e a objetiva. Vamos explorá-los a seguir.

---

<sup>29</sup> SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação. 2016. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016

<sup>30</sup> Arbitrabilidade. In: Direito Internacional Privado - Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>31</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.2.

A arbitrabilidade subjetiva (ou "arbitrabilidade *ratione personae*") refere-se à capacidade de uma pessoa de celebrar uma convenção de arbitragem e, por conseguinte, de arbitrar. Essa autonomia permite que as partes, em plena liberdade e vontade, definam que seus conflitos sejam dirimidos por um tribunal arbitral, em detrimento da via judicial tradicional.

O termo "capacidade jurídica" se configura como um conceito fundamental e abrange tanto a capacidade civil de direito quanto a de fato. Em sua definição literal, a capacidade jurídica representa a aptidão de qualquer indivíduo de se tornar titular de direitos e obrigações. Essa prerrogativa encontra amparo no art. 1º do Código Civil, que estabelece que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil".

Importante lembrar que a capacidade jurídica não se apresenta de forma ilimitada. Em algumas situações, o indivíduo pode ter aptidão para ser titular de direitos, mas não para exercê-los plenamente. Nesses casos, a lei prevê a figura do representante legal, que assume a responsabilidade de exercer esses direitos em nome do indivíduo, caracterizando o fenômeno da incapacidade.

Ou seja, podem arbitrar as pessoas que têm o direito de transigir. Nesse sentido, o art. 851 do Código Civil (Lei nº 10.406/02) dispõe que "*é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar*". Em outras palavras, a convenção de arbitragem, por ser um tipo de contrato, exige a capacidade de dispor de um direito. Por isso, apenas os indivíduos plenamente capazes, ou seja, maiores de 18 anos e sem nenhuma outra restrição legal, podem celebrar esse tipo de acordo.

Outra hipótese é a capacidade jurídica de fato, no sentido de que a pessoa deve ter a prerrogativa e previsão contratual (seja no contrato social) para que tenha a capacidade de arbitrar em nome da pessoa jurídica. Em algumas situações específicas, mesmo pessoas plenamente capazes podem ser impedidas de firmar contratos, como sócios de empresas em relação a negócios da sociedade. Nesses casos, a celebração de convenção de arbitragem também seria inviável.

Entre os Entes Públicos, essa é uma questão sensível até mesmo nos países em que é costumeiro dar-se igual tratamento jurídico a sujeitos públicos e privados (Megna, 2017). Argumenta-se, conforme disposto no tópico anterior, que a Administração Pública não pode dispor de seus interesses, na medida que seria apenas gestora dos bens e interesses públicos dos quais o povo sim é titular.

Essa não é a posição majoritária da doutrina, visto que no Brasil a arbitrabilidade subjetiva se afere da capacidade de contratar, como restringe o art. 1º da Lei 9.307/1996. Esse é um critério tradicional que, segundo Selma Ferreira Lemes, tem optado "desde as Ordenações Filipinas (...) adotar a técnica legislativa de vincular a capacidade para solucionar controvérsias por arbitragem referindo-se às pessoas capazes de contratar e não se estipulava nenhuma forma de restrição"<sup>32</sup>.

Já a arbitrabilidade objetiva se concentra na natureza da própria controvérsia, avaliando se ela se encaixa nos requisitos legais para ser submetida à arbitragem. Essa análise considera diversos fatores, como a natureza dos direitos (lembrando dos dois requisitos falados no tópico anterior – patrimonialidade e disponibilidade), princípios da Administração Pública e normas legais aplicáveis.

Nesse sentido, a convenção arbitral é a responsável por determinar e guiar que os objetos dos conflitos sejam disponíveis e patrimoniais. A cumulação dessas condicionantes limita, no plano da competência, a autonomia das partes para o fim de submeter suas disputas à arbitragem. Isso porque, será passível de decisão por tribunal arbitral apenas a matéria que se enquadre dentro dos limites definidores da arbitrabilidade objetiva.

Segundo Aline Dias e Mateus Assis:

"dizem-se arbitráveis matérias sob as quais não recaiam restrições e/ou limitações impostas por lei nacional. Para Carmona (2023, p. 41), seriam arbitráveis "as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem". Quando se discute a arbitrabilidade objetiva, portanto, está-se buscando determinar a adequação (ou não) da natureza do litígio ao parâmetro legal prefixado (p. 128)"<sup>33</sup>

Assim como na arbitrabilidade subjetiva, a arbitrabilidade objetiva enfrenta diversos desafios quando em relação a Administração Pública, principalmente quando se trata do setor de óleo e gás. Afinal, o petróleo é um bem que gera dúvidas acerca da sua natureza jurídica. Ao mesmo tempo, a União Federal detém a exclusividade da propriedade, também busca conciliar o interesse público com a iniciativa privada, dispondo-se, por exemplo, da sua exploração para a iniciativa privada por meio de concessão.

---

<sup>32</sup> LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica cit., 2007, p. 116

<sup>33</sup> DIAS, Aline; ASSIS, Mateus. "Arbitrabilidade". In: Tratado de Arbitragem, VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Ragaël; TABET, Caio. Indaiatuba: 2024, p. 189-211.

Sobre a arbitrabilidade objetiva com a Administração Pública no setor de óleo e gás, veremos no próximo capítulo.

## **2. ARBITRAGEM NO SETOR DE ÓLEO DE GÁS**

### **2.1. A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL**

O panorama das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil vivenciou uma transformação significativa a partir da Emenda Constitucional nº 9/95. Anteriormente detido com exclusividade pela União Federal, conforme o artigo 177º da Constituição Federal, o monopólio sobre o setor cedeu espaço para um modelo mais flexível. Essa flexibilização possibilitou à União celebrar contratos com empresas, tanto estatais quanto privadas, para o desenvolvimento das atividades de pesquisa e lavra de jazidas, conforme os termos estabelecidos em lei.

Apesar de flexibilizar, a nova redação constitucional não teve como objetivo extinguir o monopólio em favor da União, seja no domínio das reservas ou na exploração das jazidas, conforme depreende-se dos arts. 176 e 177. Esse é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld (2000), que afirma que "a nova redação do §1º do art. 177 da Constituição Federal (EC 9, de 1995) possibilitou o fim da exclusividade da exploração das atividades por empresa estatal federal. Mas não alterou o monopólio da União em relação às mesmas. Este persiste existindo".

Sendo assim, essas atividades econômicas orientam-se pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, embora somente possam ser exercidas por empresas que contratem com a União e observem as condições estabelecidas pela Lei do Petróleo (Lei 9.478/97), Lei da Cessão Onerosa (Lei 12.276/10) e Lei da Partilha de Produção (Lei 12.351/10). Portanto, essas condições intensificaram a discussão sobre a natureza jurídica do Petróleo enquanto bem indisponível ou não.

De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, essa insegurança jurídica é um problema, na medida que:

"Milhares de profissionais da área de petróleo atravessaram os oceanos para vir se instalar em nosso país, por força dos contratos e das *joint ventures* que se formaram

com o objetivo único de aproveitar a oportunidade de negócios aberta com a flexibilização do monopólio do petróleo. Creio, pois, que devemos ter necessariamente em perspectiva o princípio da segurança jurídica"<sup>34</sup>

A abertura da União para contratar com entes privados em matérias gerais acontece por meio de um mecanismo denominado de "contrato de concessão". Na indústria de Óleo e Gás, o contrato de concessão é o "instrumento contratual pelo qual a União Federal delega a sociedades de economia mista e empresas privadas o direito de explorar e produzir petróleo e gás natural"<sup>35</sup> e deve ser precedido de processo licitatório, como previsto a partir do art. 36 da Lei do Petróleo.

A natureza jurídica desse contrato de concessão é matéria essencial para discutir sobre sua arbitrabilidade.

Para Joaquim Muniz (2004), a definição do contrato de concessão pode dar a falsa impressão de que, no caso da exploração de hidrocarbonetos, trata-se de concessão de serviço público, o que não é o caso. Isso porque, como ensina Hely Lopes Meirelles, o serviço público é prestado para satisfazer as necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou do Estado<sup>36</sup>. Ainda, nas palavras de Eros Grau:

[...] a prestação de serviço público está voltada à satisfação das necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público - dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete, preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado.<sup>37</sup>

Por isso, para Joaquim Muniz (2004), na concessão de exploração de Petróleo não há serviço público sendo prestado e sim uma atividade econômica (do âmbito privado) que está sendo explorada por meio de monopólio pelo Poder Público.

---

<sup>34</sup> STF, decisão monocrática proferida pela Min. Ellen Gracie na Suspensão de Liminar n. 176/DF em 11/10/2007.

<sup>35</sup> MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. Revista de Arbitragem e Mediação. v. 2, p. 90-101, 2004.

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

<sup>37</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 103.

Essa diferenciação entre prestação de serviço público e participação na vida econômica por monopólio é tênue e pode ser diferenciada por meio da natureza da atividade, pois, no caso do serviço público, a atividade é meramente pública e, na segunda situação, o Poder Público apoderou-se de uma atividade particular em razão do interesse público.

Nessa linha argumenta Di Pietro (1999), ensinando que o Estado pode exercer três tipos de atividade econômica: a iniciativa privada, pelo art. 173 da CF, a atividade econômica por meio de monopólio, pelos arts. 176 e 177 da CF, e o serviço público, que é uma incumbência assumida pelo Estado. A saber:

"(...) uma que é reservada à iniciativa privada pelo artigo 173 da Constituição e que o Estado só pode executar por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (...); outra que é considerada atividade econômica, mas que o Estado assume em caráter de monopólio, como é o caso da exploração de petróleo, de minas e jazidas, de minérios e minerais nucleares (arts. 176 e art 177 da Constituição, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais 6 e 9, de 1995); e uma terceira que é assumida pelo Estado como serviço público e que passa a ser incumbência do poder público; a este não se aplica o art. 173 mas o art 175 da Constituição (...) esta terceira categoria corresponde aos serviços públicos comerciais e industriais do Estado".

Analisando a natureza da atividade que está sendo prestada por meio do contrato de concessão, entende-se, portanto, que os contratos de concessão de exploração de petróleo e gás natural são de atividade econômica, ao passo que exploram a atividade por meio de monopólio estatal. Por ser uma atividade econômica, poderíamos concluir que esses contratos estão sujeitos às normas do Direito Privado, mas essa afirmação não seria completamente verdadeira. Para isso, temos que explorar alguns dos pilares contratuais do Direito Administrativo.

No âmbito do Direito Administrativo, o instituto dos "Contratos da Administração" abrange todos os contratos em que a Administração Pública é presente em um dos pólos da relação contratual, independente da natureza jurídica do vínculo. Essa terminologia se subdivide em duas grandes categorias: os contratos de direito privado da administração e os contratos administrativos – também chamados de contratos administrativos típicos.

No primeiro caso, a Administração Pública atua sob o regime jurídico de direito privado, submetendo-se às regras deste. Ou seja, nessa categoria, a Administração equipara-se ao particular, ou, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2001), "a Administração age no seu *ius gestionis*, com o que a sua situação jurídica se aproxima muito da do

particular". Exemplificam-se nessa categoria os contratos de compra e venda e locação de imóveis, seguros e financiamentos.

Importante ressaltar que, mesmo nesse tipo de contrato, que é regido pelas regras do direito civil e do direito empresarial, caracterizado pela igualdade entre as partes, a Administração ainda pode ser resguardada por algumas prerrogativas pelas chamadas cláusulas exorbitantes<sup>38</sup>.

Já os contratos administrativos, ou contratos administrativos típicos, são aqueles regidos pelas normas do Direito Público, aplicando-se apenas de forma residual as disposições do direito privado. O artigo 54 da Lei nº 8.666/93 conceitua os contratos administrativos, ao instituir que "os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

Dessa forma, a diferença central entre os dois tipos de contrato é o regime jurídico e o interesse público específico<sup>39</sup>. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os contratos administrativos são "manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas a Administração Pública, que, integradas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações cumulativas, a interesses distintos, um dos quais é público"<sup>40</sup>.

A figura da Administração nos contratos administrativos típicos é de supremacia, colocando-se de lado a simples harmonia dos interesses privados para que o interesse público seja destaque como objeto fim do contrato (Caio Tácito, 1997). Essa essência garante ao Poder Público algumas prerrogativas em detrimento do pólo privado, como por exemplo a possibilidade da alteração unilateral do contrato, independente da concordância da outra parte, e a rescisão unilateral.

---

<sup>38</sup> Maria Sylvia di Petro conceitua cláusulas exorbitantes: "São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 256)

<sup>39</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 174

<sup>40</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 12 ed., 2001, p. 159

Entretanto, mesmo nesses casos, importante ressaltar que a ação deve ser justificada e motivada, além do dever de compensar a parte prejudicada, de modo a sempre preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Entendido esses conceitos, passamos à discussão específica da natureza jurídica dos contratos de concessão para exploração de petróleo e gás natural. Conforme exposto por Cecília Viana Lugon (2005)<sup>41</sup>, que faz uma revisão bibliográfica acerca desse assunto, a doutrina não é consoante quanto à natureza jurídica desse tipo de contrato, o que é um grande problema quando se trata da arbitrabilidade dos litígios derivados desse tipo de relação jurídica.

Por um lado, entende-se que o contrato seria regido pelas normas do direito privado, à medida que explora uma atividade econômica e não a prestação de serviço público. Por outro, a Constituição determina o monopólio desses bens em favor da União. Nesse sentido, a doutrina majoritária entende que o petróleo é um bem público. Na classificação de bens públicos (entre bens públicos de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais), o petróleo é bem público dominical. Isso significa que é alienável, sem precisar de autorização legislativa, desde que respeitadas as condições impostas pela Lei.

Essa natureza de bem público é evidenciada, inclusive, pela redação da EC, que concedeu à União o título de beneficiária de bônus de assinatura, royalties, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção de área decorrentes da exploração e a produção de petróleo e gás natural, mostrando que a exploração foi concedida, mas os bens públicos representados pelas riquezas minerais não foram privatizados.

Diante dessa problemática, veja-se a posição de alguns autores sobre o tema.

Toshio Makuai (1999) entende pela natureza privada desses contratos, visto que "destinado ao desenvolvimento de atividade econômica, e não de serviço público", e que "a Agência Nacional de Petróleo, por um lado, e as futuras empresas contratadas, de outro, deverão estar em absoluto pé de igualdade, como é obrigatório em todo e qualquer contrato regido pelo direito comum".

A mesma posição é tomada por Alexandre Santos de Aragão (2002), mas destaca a ressalva que foi feita anteriormente, no sentido que a natureza privada "não impede e, ao

---

<sup>41</sup> Lugon, Cecília Viana. A Natureza Jurídica Da Concessão Petrolífera. Anais do 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás, Publicado em 5 de outubro de 2005.

revés, impõe, que possuam cláusulas de ordem pública e de dirigismo estatal, não apenas quando da sua celebração, como também ao longo da sua execução".

Em posição contrária, Maria D'Assunção Costa Menezello (2000), mesmo reconhecendo que se trata de exploração de atividade econômica, entende que:

"O que se verifica é que o contrato objeto deste estudo integra um edital, com cláusulas essenciais e complementares obrigatórias para as partes (...) logo, em decorrência do regramento público a que está subordinado, o contrato de concessão deve ser considerado como um contrato de direito administrativo, regido pelo Direito Público".

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Alexandre de Moraes (2000), "complementando que restariam configurados os elementos necessários à caracterização da natureza administrativa do contrato (presença de uma pessoa jurídica de direito público e de cláusula exorbitante do direito comum)."<sup>42</sup>

Marcos Juruena Villela Souto (2003) conceitua diferente, criando uma terceira via para natureza jurídica desses contratos. Para ele o contrato não é privado, tampouco é administrativo. Defende que se trata de *contrato de intervenção do Estado no domínio econômico*, ou, simplesmente, *contrato de direito econômico*, uma nova modalidade para abarcar mercados que foram criados onde antes havia um monopólio. Nesse sentido, o autor conclui que o Poder Concedente "não interfere discricionária ou imotivadamente, mas sempre orientado por critérios técnicos justificados com base nas melhores práticas da indústria do petróleo".

No entendimento de Cecília Viana Lugon (2005), a concessão para exploração de petróleo e gás natural submete-se ao regime de Direito Público, em razão da primazia do interesse público na exploração desse recurso que é "imprescindível ao desenvolvimento econômico do país, consistindo em matéria-prima e fonte de energia de valor estratégico para os Estados". Caso não o fosse, não teria sido proclamado o monopólio da União, segundo a autora.

De direito público ou de direito privado, a professora Marilda Rosado defende que a natureza jurídica do contrato de concessão não determina a arbitrabilidade do contrato de

---

<sup>42</sup> Lugon, Cecília Viana. A Natureza Jurídica Da Concessão Petrolífera. Anais do 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás, Publicado em 5 de outubro de 2005.

concessão para a exploração de petróleo. Segundo a professora, essa discussão fica eclipsada pela autorização expressa na Lei do Petróleo, respeitando-se, então, o princípio da legalidade.

Vejamos então sobre os critérios da arbitrabilidade nos contratos de concessão.

## **2.2. A ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO**

Com as modificações feitas pela Lei 13.129/15, a discussão a respeito da arbitrabilidade subjetiva da administração pública direta e indireta perdeu seu objeto. É cristalina a autorização da administração para arbitrar. Especificamente ainda no setor petrolífero, a Lei 9.478/1997, conhecida como "Lei do Petróleo", determina expressamente que deve constar nos contratos de concessão, como cláusula essencial, a previsão da arbitragem internacional como solução de controvérsias.

Ainda determina que a ANP deve estabelecer os procedimentos para a resolução de litígios derivados desse tipo de contrato, com ênfase na conciliação e arbitragem. Portanto, além da arbitrabilidade subjetiva não ser uma dúvida para a Administração como um todo, a capacidade da ANP para celebrar convenções de arbitragem também é expressamente estipulada pela lei brasileira.

Passado esse marco, a discussão se desloca para outra questão: a definição do espectro da arbitrabilidade objetiva aplicável a conflitos com a administração pública. Mesmo com a autorização para arbitrar, não é toda a matéria que pode ser objeto de decisão pela via da arbitragem. Conforme falamos anteriormente, o art. 1º da Lei n. 9.307/1996 delimita o escopo da arbitrabilidade objetiva (*ratio materiae*) para litígios que versam sobre direitos patrimoniais e disponíveis.

Ou seja, embora a inclusão de uma cláusula de arbitragem nos contratos administrativos facilite a resolução de conflitos por meio de um tribunal arbitral, é crucial reconhecer que essa cláusula não possui abrangência absoluta. Nem todas as questões abordadas no contrato podem ser submetidas à arbitragem porque algumas podem se referir a direitos não patrimoniais ou à patrimoniais indisponíveis (Di Pietro, 2015, p.8).

Sobre o requisito da patrimonialidade, abordamos anteriormente como definir os direitos patrimoniais. Nesse aspecto, não há controvérsias relevantes na doutrina sobre esse conceito. Um direito patrimonial é aquele que pode ser quantificado ou substituído por pecúnia. O contrário desse é o direito extrapatrimonial, que compreende aqueles direitos da personalidade, relacionados ao direito à vida, à honra, à intimidade. Nesse sentido dispõe o art.

852 do Código Civil, ao vedar o compromisso judicial ou extrajudicial para "solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial".

A discussão doutrinária, portanto, atém-se à discussão do que são os direitos disponíveis. São dois conceitos que por vezes são confundidos (da patrimonialidade e disponibilidade), mas que não se equivalem. Principalmente quando retirados do contexto do Direito Civil, diversas vezes no Direito Administrativo um direito que tem valoração econômica, logo, é patrimonial, não é disponível.

Como conceitua Eros Grau, disponíveis são os direitos que podem ser alienados. Para Carmona<sup>43</sup>, um direito é disponível quando pode ou não ser exercido livremente pelo titular, sem que haja norma cogente impondo seu cumprimento, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.

No direito administrativo, o conceito de disponibilidade se torna mais complexo. A começar porque os órgãos da Administração Pública não são os proprietários dos direitos públicos. A Administração não pode renunciar, transferir ou recusar-se a processar os direitos que lhe são conferidos, como dispõe Di Pietro:

"O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis"

Entretanto, embora a Lei proíba que agentes públicos abdique de direitos da Administração Pública, isso não impede a resolução de conflitos administrativos por meio da arbitragem, acordos entre as partes ou até mesmo do cumprimento espontâneo de obrigações<sup>44</sup>.

A literatura se esforça, nesse sentido, para criar critérios para agrupar os direitos que podem ser renunciados. Desse estudo, surgiram quatro grandes principais correntes que se propõem a analisar a arbitrabilidade objetiva, quais sejam: (i) a distinção entre interesse público primário e secundário; (ii) a diferença entre os atos de império e atos de gestão; (iii) a

---

<sup>43</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38

<sup>44</sup> ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade Objetiva em conflitos com a Administração Pública. Revista dos Tribunais, vol. 1017, p. 47-92, jul, 2020.

transacionalidade; e (iv) a necessidade ou não de intervenção do Poder Judiciário<sup>45</sup>. Analisemos as quatro correntes.

A primeira se dispõe a diferenciar o interesse público primário e secundário, com orientação da categorização do italiano Renato Alessi<sup>46</sup>, concluindo que apenas os interesses públicos secundários poderiam ser submetidos à arbitragem. Essa corrente equipara os interesses secundários aos direitos disponíveis, que fariam parte dos direitos patrimoniais do Estado.

Souza Jr. conceitua que o interesse público primário diz respeito a valores sociais, enquanto os interesses patrimoniais do Estado consistem em um interesse público secundário que deve ser considerado arbitrável:

É útil, aqui, a distinção doutrinária entre interesses públicos primários e secundários: os primeiros são aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo - dignidade da pessoa humana, justiça, democracia, desenvolvimento econômico, proteção ao meio-ambiente etc. -; já os segundos dizem respeito aos interesses patrimoniais do Estado ou de suas entidades (interesse 'fazendário').<sup>47</sup>

A crítica que João Pedro Accioly faz a essa linha de pensamento refere-se ao fato de que os interesses secundários também são indisponíveis *per se*, já que "não pode a Administração simplesmente abrir mão de seus bens, ainda que não afetados a qualquer serviço público, ou doar livremente as suas receitas". Portanto, não seria uma conceituação adequada.

---

<sup>45</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva; SILVA, João Marçal Rodrigues Martins Da. Arbitragem com Entes Públicos: questões controvertidas. In: Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos, MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (coord.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 149-171.

<sup>46</sup> Cf. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953. p. 151-152: "Estes interesses públicos coletivos, os quais a Administração deve zelar pelo cumprimento, não são, note-se bem, simplesmente interesses da Administração entendida como uma entidade jurídica de direito próprio. Trata-se, ao invés disso, do que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado por todos os interesses prevaletentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse da entidade administrativa é simplesmente secundário, de modo que pode ser realizado apenas no caso de coincidência com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, proprietária de um interesse secundário pessoal, a sua função precípua não é realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim promover o interesse coletivo, público, primário. Assim, o interesse secundário, da entidade administrativa, pode ser realizado, como qualquer outro interesse secundário individual, apenas no caso e na medida em que coincida com o interesse público".

<sup>47</sup> SOUZA JR., Lauro da Gama e. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público -Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado), Revista Brasileira de Arbitragem nº. 8, Out.-Dez/2005, p. 46.

A segunda corrente tenta definir a arbitrabilidade com base na natureza do poder exercido pela Administração Pública, diferenciando entre os atos de império e os atos de gestão. Segundo Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara:

"Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses 'indisponíveis' do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando desta vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império."<sup>48</sup>

Portanto, enquanto um seria indisponível e inerente às atividades do Estado, o outro seria um ato meramente administrativo dessas atividades, então poderia ser arbitrado. A crítica de Accioly a essa corrente reside no fato de que basear a arbitrabilidade objetiva nesses atos geraria uma conceituação imprecisa e inadequada. Ressalta também que essa classificação foi abandonada ao longo do tempo nas áreas em que foi aplicada.

A terceira corrente aborda o critério da transacionalidade, considerando que os direitos arbitráveis são aqueles que podem ser suscetíveis de transação. A transação é um modo de heterocomposição para a resolução de conflitos que têm natureza contratual. Tal qual a arbitragem, apenas poderia ser adotada para resolução de conflitos patrimoniais, mas a doutrina tem recepcionado esse instituto também para matérias extrapatrimoniais, como em ilícitos ambientais e mesmo em delitos penais sujeitos à privação da liberdade<sup>49</sup>.

Entretanto, os dois institutos não se confundem. A transação exige concessões mútuas sobre o direito material que é objeto do litígio, enquanto, ao se firmar o compromisso arbitral, as partes não estão renunciando esse direito material controvertido, apenas estão renunciando à tutela judicial para a resolução do conflito.

O último critério é na verdade um critério de exclusão: todas as matérias que não devem, obrigatoriamente, serem submetidas ao poder judiciário, podem ser submetidas ao tribunal arbitral. Esse é o conceito de arbitrabilidade objetiva de Eduardo Talamini, determinando que:

---

<sup>48</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, 2008. p. 121.

<sup>49</sup> ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade Objetiva em conflitos com a Administração Pública. *Revista dos Tribunais*, vol. 1017, p. 47-92, jul, 2020.

"Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo."

Accioly comenta que essa proposta é bem construída e não teria grandes problemas quando colocada em prática, mas que carece de previsão legal. A Lei, quando aborda a arbitrabilidade objetiva sendo relacionada a direitos patrimoniais e disponíveis, não abarca a pretensão da tutela judicial como requisito. Além disso, para Accioly, essa tese de Talamini ainda infringiria a autotutela da Administração Pública, já que vários conflitos sequer são levados ao judiciário e são resolvidos pela própria Administração extrajudicialmente – não significa que são direitos arbitráveis.

A proposta que Accioly propõe como melhor solução, então, é adotada por parte da literatura e trata-se do critério da contratualidade. São disponíveis, portanto, arbitráveis, aqueles direitos que são passíveis de contratualização.

Alexandre Aragão, um dos processualistas que aceita o critério da contratualidade, refina ainda mais a questão ao trazer mais um elemento para essa teoria, de modo que a arbitrabilidade de um direito da Administração reside na sua "procedência normogenética". Isto é, se a prerrogativa controvertida decorrer diretamente de lei (ou de outra fonte normativa), a questão não é passível de arbitragem. Por outro lado, caso a constituição do direito se der por norma estatal, mas demandar o assentimento do particular para sua constituição, esse poderá ser arbitrado. A diferença é que o último tem sua constituição no contrato e não na norma.

Nessa linha, Aragão<sup>50</sup> entende que, especificamente no setor de óleo e gás, a partir dessa perspectiva contratualista, as competências fiscalizadoras e sancionadoras que a ANP exerce sobre as empresas que exploram o petróleo no Brasil buscam fundamento de validade no próprio contrato de que são partes a própria ANP e os sujeitos fiscalizados (e, eventualmente, sancionados). Ou seja, "sempre que o fundamento e o campo de atuação da ANP estiverem associados a uma relação contratual, arbitráveis serão os atos adotados pela agência. (p. 40)".

---

<sup>50</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos De. A arbitragem no Direito Administrativo, Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017

O autor ainda exemplifica, defendendo que, quando a ANP delibera sobre a unitização de blocos de petróleo ou sobre a cláusula de conteúdo local, o fundamento das suas decisões é o próprio contrato, sendo estritamente contratual a natureza da deliberação. Portanto, os litígios surgidos dessa decisão podem ser arbitrados – o objeto do litígio aqui seria a cláusula contratual, mesmo que o objeto processual seja o contrato e nele haja materiais indisponíveis e inarbitráveis.

A discussão sobre a arbitrabilidade desse tipo de controvérsia com a ANP – decisão de unificação de campos – representa grande parte dos processos antiarbitrais *sub judice* hoje, conforme veremos em capítulo futuro.

A conclusão seria que:

“Podemos afirmar que apenas as obrigações heterônomas do Direito Administrativo, ou seja, aquelas que se impõem ao particular de maneira inteiramente vertical – sem em nada precisar da sua aquiescência –, não podem ser objeto de contrato e, conseqüentemente, de arbitragem. (p. 45)<sup>51</sup>”

Sobre esse tema específico também se pronuncia Joaquim de Paiva Muniz, diferenciando os direitos que podem ser arbitráveis e os que não possuem essa disponibilidade, mesmo que decorrentes do mesmo contrato:

A disponibilidade ou não de um direito está intrinsecamente relacionada ao seu valor social. [...] Infere-se, portanto, que os direitos que consubstanciam interesse público são indisponíveis, o que é designado, em direito administrativo, "princípio da indisponibilidade de interesses públicos". Diante disso, na hipótese em análise, deduz-se que os termos e condições do contrato de concessão que tratem de interesse público não podem ser sujeitos à arbitragem, ao passo que matérias de direito privado são plenamente arbitráveis.<sup>52</sup>

Adotando então como premissa de que o litígio é controvertido desde que sua natureza jurídica seja contratual e a posição de Aragão sobre a arbitrabilidade dos conflitos com a ANP resultantes do contrato de concessão para a exploração de petróleo, analisemos a inserção da cláusula compromissória nos contratos administrativos firmados pela ANP.

---

<sup>51</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos De. A arbitragem no Direito Administrativo, Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017

<sup>52</sup> Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural, Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, p. 100, maio/ago. 2004.

### **2.3. A INSERÇÃO E MODIFICAÇÕES DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO COM A ANP**

Entre o cenário de monopólio Estatal do petróleo e a abertura para o capital privado por meio de concessão, há um contexto histórico importante a ser mencionado. Na década de 1930, a Era Vargas marca o início da valorização do petróleo no Brasil e em 1934, a Constituição estabelece o sistema dominial, com a União detendo a propriedade do subsolo. É criada a figura do Conselho Nacional do Petróleo para ser o supervisor do setor.

Em 1953, é publicada a Lei 2.004, que foi a responsável pela criação da então estatal Petrobrás. A empresa pública foi designada como a detentora do monopólio na exploração, produção, refino, comercialização e transporte de petróleo e gás natural. Em 1970, ensaiou-se a abertura para o capital privado, com a flexibilização do monopólio em contratos de risco entre a Petrobras e empresas privadas, mas essa abertura retrocedeu com a Constituição de 1988, que proibiu esse tipo de contrato e determinou no §1º do art. 177 que o

"monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, §1º".

Entretanto, esse retrocesso evidenciou a ineficiência desse modelo estatal nas décadas de 1980 e 1990, o que impulsionou o Estado a busca por novos paradigmas de regulação e captação de investimentos privados. Assim surge a EC 09/95, a qual permite a participação de empresas privadas e estatais em atividades antes exclusivas da União através da Petrobrás.

É nesse contexto que a Lei Geral do Petróleo (Lei 9.478/1997) foi aprovada na reforma estatal, promovida pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso. A Lei foi a responsável pela criação e pela regulamentação da Agência Nacional do Petróleo (ANP) e por definir as regras para a exploração e produção de petróleo e gás natural por empresas privadas através de contratos de concessão mediante licitação.

Dentre as cláusulas essenciais que devem constar no contrato de concessão, a Lei relaciona a cláusula compromissória como uma delas, como pode ser conferido pelo diploma do art. 43, X:

"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."

Embora alguns doutrinadores entenderem a inclusão da cláusula compromissória como cláusula obrigatória, Carmen Tiburcio e Suzana Medeiros<sup>53</sup> defendem que, na verdade, trata-se de uma mera autorização para a adoção da arbitragem como via de solução de controvérsias com a Administração Pública (ANP), em respeito ao princípio da legalidade.

Fato é que, dada essa previsão da Lei do Petróleo, desde a rodada zero promovida pela ANP houve a inserção da cláusula compromissória em todos os contratos firmados para a concessão de exploração de petróleo e gás natural até hoje, 17 rodadas de licitação depois. Essa cláusula, entretanto, sofreu significativas alterações ao longo dos anos, com o objetivo de garantir maior segurança jurídica aos investidores e, conseqüentemente, às partes do contrato, aumentando a atratividade nacional e internacionalmente dos blocos colocados em disputa, fomentando a concorrência no setor de óleo e gás.

Nesse sentido, Gustavo da Rocha Schmidt<sup>54</sup> realizou uma análise profunda e em concreto das convenções de arbitragem inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP até a 13ª rodada, identificando as mudanças introduzidas por cada uma. Com base nesse exame, revisaremos as alterações contratuais da convenção de arbitragem e compararemos com os contratos derivados das novas rodadas, 14ª a 17ª.

### **2.3.1. Rodada zero (1998)**

Antes de analisar a convenção de arbitragem em si, o primeiro contrato, oriundo da rodada zero, traz uma seção intitulada de "Regime Jurídico". Apesar de não versar especificamente sobre o procedimento arbitral, a cláusula presente nessa seção é a responsável por estipular a lei aplicável para o contrato, assim como o foro de eleição, da conciliação e da suspensão das atividades contratadas, em caso de litígios.

Nessa rodada, a cláusula compromissória estava prevista na cláusula 29. Nela, foi estipulado que o contrato seria executado e regido pelas leis brasileiras, mesmo que a

---

<sup>53</sup> TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo. vol. 241. Rio de Janeiro, jul.-set./2005, p. 53-93.

<sup>54</sup> SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A Arbitragem no setor do óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, p. 185-211, jul/set, 2016.

concessionária possa ser uma empresa estrangeira – essa regra se aplica também a legislação adotada pelo tribunal arbitral.

Também elege o foro da Cidade do Rio de Janeiro para a resolução de quaisquer controvérsias que não puderem ser resolvidas amigavelmente ou por arbitragem. Poder-se-ia levantar a discussão aqui sobre alguma incompatibilidade dessa eleição de foro com a convenção de arbitragem, mas Schmidt (2016) entende que as duas cláusulas são perfeitamente capazes de coexistirem. Na opinião dele, a eleição de foro é importante para aqueles litígios que não são passíveis de arbitragem, como aqueles direitos que não são patrimoniais ou disponíveis. Alguns autores de fato entendem que, se o direito pode ser objeto de contrato, pode ser também objeto de arbitragem, mas para Schmidt não são todas as controvérsias do contrato que podem ser resolvidas por esta via.

Além disso, é importante lembrar que o Poder Judiciário pode agir em cooperação com o Tribunal Arbitral, para examinar medidas liminares ou na execução de alguma decisão de caráter coercitivo. A eleição de foro, portanto, é uma cláusula que serve de apoio, com caráter meramente supletivo.

O autor ainda adverte para o mau uso dessa cláusula de eleição de foro, no sentido de o Poder Público utilizar-se dela com o intuito de propositalmente afastar a competência do juízo arbitral. Interessante ressaltar o que foi dito na introdução e será explorado em capítulo posterior: a ANP tem se valido de medidas antiarbitrais, alegando a invalidade da convenção de arbitragem para versar sobre alguns tipos de litígio sob o argumento de que tratar-se-iam de direitos não disponíveis.

A cláusula 29.3 prevê também a possibilidade de as partes recorrerem a perito internacional para emitir laudo técnico, mas esse não é dotado de força vinculante. Esse é um ponto importante porque, se as partes escolherem colher a opinião de perito internacional, o procedimento arbitral somente poderá ser instaurado após a emissão do parecer fundamentado pelo perito.

Sobre a instauração do procedimento arbitral, temos ainda que apenas poderá ter início se, à percepção da parte, inexistirem possibilidades para a resolução amigável do conflito. Além disso, (item 29.4 do contrato de concessão): (i) o conflito deverá ser julgado por três árbitros, de forma que cada parte nomeará um e o terceiro será escolhido de acordo com o regimento da câmara arbitral; (ii) o local da arbitragem é no Brasil (Rio de Janeiro-RJ); (iii) o idioma da arbitragem será o português, "podendo os árbitros, por unanimidade, aceitar

depoimentos ou documentos em outro idioma, sem necessidade de tradução oficial"; (iv) o idioma da arbitragem será o português, "podendo os árbitros, por unanimidade, aceitar depoimentos ou documentos em outro idioma, sem necessidade de tradução oficial"; (v) a arbitragem será institucional<sup>55</sup>, administrada pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), com base em seu Regulamento de Arbitragem; (vi) o mérito da arbitragem será resolvido de acordo com a lei brasileira; e (vii) o laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes, podendo ser executado perante qualquer juízo ou tribunal competente.

Importante ressaltar que, embora vincule apenas o Regimento da CCI ao procedimento e não seu processamento em si, a CCI é a única instituição autorizada a administrar arbitragens que tramitem na forma do seu regulamento. Ou seja, obrigatoriamente, o procedimento será administrado pela referida Câmara. Sobre esse ponto, Schmidt (2016) faz apenas uma ressalva no sentido dos custos da corte, já que não há problema nenhum na escolha em relação a qualidade, mas que existem outras entidades especializadas tão qualificadas quanto e menos custosas.

Além disso, ao indicar o Brasil como sede, afastou a necessidade de homologação da sentença pelo STJ e conferiu maior celeridade ao procedimento que venha a ser instaurado.

### **2.3.2. Primeira rodada (1999)**

Entre as duas rodadas, a maior parte da cláusula compromissória foi preservada. Apenas duas mudanças são dignas de nota.

Incluiu-se à cláusula 29.4 que a arbitragem será realizada segundo as normas da CCI "ou quaisquer outras normas acordadas por todas as Partes envolvidas", retirando então a vinculação necessária do procedimento com essa corte específica.

A outra alteração foi acerca da nomeação dos árbitros em caso de litígios com múltiplos requerentes/requeridos, no sentido de que devem agir como uma só parte para a indicação do coárbitro. Sua literalidade (cláusula 29.4, b) assim dispõe: "Quando houver múltiplos requerentes ou múltiplos requeridos e o litígio for submetido a três árbitros, os

---

<sup>55</sup> Existem duas espécies de arbitragem: a institucional e a *Ad Hoc*. Na modalidade institucional, as partes podem optar pelo prosseguimento do processo em uma câmara arbitral, que já possui regras procedimentais próprias, constituindo uma espécie de Código de Processo Arbitral – esse é o tipo mais utilizado nos contratos da indústria de petróleo por ser um tipo mais estabelecido, o que gera uma maior segurança jurídica.

múltiplos requerentes ou os múltiplos requeridos deverão designar conjuntamente um árbitro para confirmação nos termos do artigo".

#### **2.3.4. Terceira rodada (2001)**

Nessa rodada, a alteração anterior foi corrigida, devolvendo à cláusula de eleição de foro a previsão de que seria válido para solucionar dúvidas, controvérsias e conflitos "que não venham a ser resolvidos por conciliação ou arbitragem".

#### **2.3.3. Segunda rodada (2000)**

Nessa rodada, novamente quase todas as cláusulas foram preservadas. A seção de "Regime Jurídico" foi devidamente numerada como a Cláusula Trigésima Primeira. Entretanto, foi suprimida parte da cláusula da eleição de foro, a que especificava que a atuação do judiciário se limitaria àqueles litígios que "que não possam ser solucionados de forma amigável ou por meio de arbitragem".

Essa supressão gerou a impressão da existência de duas cláusulas contraditórias, já que uma pressupõe a resolução de conflitos por meio do tribunal arbitral e outra elege um foro sem ressalvas para sua aplicação. Na visão de Schmidt (2016), não há muita clareza do porquê dessa modificação, mas que, na prática, não houve qualquer alteração: o poder judiciário pode ser convocado a atuar, mesmo que haja cláusula compromissória no contrato.

#### **2.3.5. Quarta rodada (2002)**

Ocorreram três alterações importantes na cláusula compromissória. A primeira foi a substituição da palavra "poderá" por "deverá" no que diz respeito à instauração procedimento arbitral, esclarecendo a competência primária da jurisdição arbitral. A redação da cláusula 31.3 consolidou-se da seguinte forma:

"se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, então essa parte deverá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando

início ao processo respectivo, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes princípios [...]".

A segunda alteração importante foi a especificação de que a competência arbitral se aplica apenas a litígios que versem acerca de direitos patrimoniais disponíveis. Caso contrário, elegeu-se o foro da Cidade do Rio de Janeiro para as questões residuais.

A terceira trata-se da supressão da parte que permitia às partes a escolherem, em comum acordo, aderirem regimento distinto ao da CCI, retornando à redação da cláusula para sua forma original, como constava na rodada zero.

### **2.3.6. Quinta e sexta rodadas (2003)**

O contrato derivado da quinta rodada foi idêntico ao da quarta rodada.

Já a sexta rodada trouxe uma mudança importantíssima na convenção de arbitragem: abandonou-se o modelo de arbitragem institucional para a adoção do modelo *ad hoc*<sup>56</sup>, de modo que o painel arbitral escolhido deveria conduzir a arbitragem tendo como parâmetro as regras previstas no regimento da CCI. Assim determinou a redação da cláusula 31.4:

Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, deverá submeter essa disputa ou controvérsia a processo arbitral *ad hoc*, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (...)."

Anota Schmidt que essa foi uma escolha inadequada da ANP, pois a arbitragem institucional seria "inquestionavelmente, mais apropriada para dirimir conflitos que envolvam a Administração Pública" (2016). Segundo ele, a arbitragem no modelo *ad hoc* tende a desaguar no Poder Judiciário. Essa é uma afirmação muito coerente, já que nesse modelo todos os pormenores do procedimento são definidos pelas partes. Se já estão em litígio, qualquer empecilho pode obstar o prosseguimento do procedimento arbitral, como a escolha dos árbitros, questionamentos sobre os honorários e outras questões.

---

<sup>56</sup> Na arbitragem do tipo *Ad Hoc*, o procedimento é feito de forma independente, no qual as partes estabelecem as regras e a forma que ele acontecerá. Acordam, por exemplo, em qual língua será conduzido, quantos árbitros vão compor o procedimento, prazos e custas – sempre garantindo a igualdade entre as partes. Podem também adotar um modelo pré-pronto de procedimento arbitral como, por exemplo, os modelos do Conselho Nacional de Instituições e Mediação e Arbitragem e da INCITRAL (*United Nations Commission On International Trade Law*), mas sem vinculação a nenhuma câmara.

A cláusula ainda foi mal redigida ao prever que o procedimento deveria utilizar o Regulamento de Arbitragem da CCI como parâmetro, já que, como comentamos anteriormente, é inviável a aplicação do regimento da CCI em procedimento *ad hoc*. Além disso, é uma câmara bem estabelecida com suas competências e procedimentos próprios, de modo que impossível a replicação fiel do seu regimento, ainda mais por um modelo *ad hoc*.

### **2.3.7. Sétima rodada (2005)**

O contrato decorrente da sétima rodada foi quase idêntico ao contrato da sexta rodada no que se refere à convenção de arbitragem, com apenas uma mudança: a inserção da possibilidade de ajuizamento perante o Poder Judiciário de medidas cautelares e de urgência. Essa possibilidade tem, atualmente, respaldo na Lei 13.129/2015.

### **2.3.8. Oitava, nona, décima e décima primeira rodadas (2006, 2007, 2008 e 2013)**

A cláusula arbitral não sofreu nenhuma grande mudança na oitava (2006), nona (2007) e décima rodada (2008) de licitações da ANP. Apenas em 2013, na décima primeira rodada, alterações significativas puderam ser percebidas.

A primeira foi a troca do Regimento o qual o procedimento deveria se basear: a cláusula 33.5<sup>57</sup> foi alterada para determinar que fosse usado como parâmetro as regras

---

57 Arbitragem

33.5 Caso, a qualquer momento, uma das Partes considere que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 33.2, deverá submeter tal questão a arbitragem *ad hoc*, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento de Arbitragem (Arbitration Rules) da United Nations Commission on International Trade Law – Uncitral e em consonância com os seguintes preceitos: (a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento de Arbitragem da Uncitral; (b) Deverão ser escolhidos três árbitros. Cada Parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente; (c) Mediante acordo das Partes poderá ser determinado um único árbitro nas hipóteses em que os valores envolvidos não sejam de grande vulto; (d) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral; (e) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem, sem necessidade de tradução oficial; (f) Toda e qualquer despesa necessária à instalação e desenvolvimento da arbitragem, tais como custas e adiantamento de honorários arbitrais e periciais, serão suportados exclusivamente pelo Concessionário. A ANP somente ressarcirá tais valores em caso de condenação final, na forma como decidido pelos árbitros; (g) No mérito, os árbitros decidirão com base nas leis substantivas brasileiras; (h) A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes. Quaisquer valores porventura devidos pela ANP serão quitados através de precatório judicial, salvo em caso de reconhecimento administrativo do pedido; e (i) Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias antes de instituída a

estabelecidas no Regulamento de Arbitragem da United Nations Commission on International Trade Law – Uncitral. A troca foi muito bem-vinda porque, ao contrário da CCI, o regimento da Uncitral é um modelo feito para ser aplicado a arbitragens *ad hoc*. Como comenta Schmidt (2016), essa mudança serviu tanto para reduzir a insegurança jurídica que recaía sobre esse ponto quanto para reduzir as chances de questionamento judicial no processo arbitral.

A segunda alteração notável foi a previsão de que, se em comum acordo, as partes podem institucionalizar a arbitragem, tanto na CCI ou em outra câmara arbitral doméstica, desde que notoriamente reconhecida e com reputação ilibada. Voltou então a possibilidade do procedimento arbitral institucional como uma alternativa ao modo *ad hoc* - um bom avanço, mesmo que deixar a definição de como será o procedimento para momento posterior não seja o ideal.

A terceira novidade foi a possibilidade de ser indicado apenas um árbitro para julgar a controvérsia se os valores envolvidos não forem de "grande vulto", mediante acordo entre as partes. É uma boa previsão, já que os honorários arbitrais são altos e essa seria uma forma de reduzir esses custos.

A alínea “h” da cláusula 33.5 ainda inova ao prever que os valores eventualmente devidos à ANP serão quitados por meio de precatório judicial, "salvo em caso de reconhecimento administrativo do pedido". Ou seja, essa previsão permite que a sentença seja reconhecida administrativamente, sem que haja necessidade de ser executada no tribunal judicial. Ajustou-se também esse mesmo item para que a competência jurisdicional para deliberar sobre medidas cautelares e de urgência fica restrita apenas ao período anterior à instauração do procedimento arbitral.

Todas as alterações citadas até aqui trazidas pela décima terceira rodada de licitação foram de alguma forma positiva e, como dito por Schmidt, "poderiam ter parado por aí". A próxima modificação foi a previsão de que todas as despesas necessárias para a instauração e desenvolvimento da arbitragem deveriam ser pagas pelo concessionário. Os valores seriam

---

arbitragem, a Parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na Legislação Aplicável.

33.6 As Partes, em comum acordo, poderão optar por institucionalizar a arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ou perante outra câmara de arbitragem notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, em consonância com as regras da câmara escolhida, desde que observados os preceitos estatuídos nos itens b a i do parágrafo 33.5.

33.6.1 Caso a disputa ou controvérsia envolva exclusivamente entes integrantes da Administração Pública Federal, a questão poderá ser submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, da Advocacia – Geral da Uniao.

restituídos apenas em caso de sentença condenatória à ANP. Entre as várias críticas a essa inclusão, as principais residem no fato de que dificulta – ou até impossibilita – o acesso à justiça e ainda fere o princípio norteador da teoria geral do processo (a qual estabelecemos anteriormente que a arbitragem faz parte), a igualdade entre as partes.

Por fim, estabelece que o procedimento que figurar com partes exclusivamente entes da Administração Pública Federal poderá ser submetido à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), da Advocacia-Geral da União. Entende-se que essa regra tem alcance para litígios que envolvem a Petrobrás na qualidade de concessionária, já que integra a Administração Pública Federal Indireta.

### **2.3.9. Décima segunda e a décima terceira rodadas (2013 e 2015)**

Enquanto a décima segunda rodada (2013) não trouxe nenhuma inovação relevante, a décima terceira (2015) foi a responsável por uma mudança radical na cláusula compromissória, com a inclusão dos itens 34.2 e 34.7.

O item 34.2 passou a prever a cláusula escalonada que, nas palavras de Carmona, é aquela em que "as partes avençam que se submeterão a procedimento de mediação (ou de conciliação, conforme seja o caso) e, não chegando a um acordo, instaurarão desde logo a arbitragem"<sup>58</sup>. Os itens subsequentes indicam o passo a passo de como as tratativas devem ocorrer, prevendo, inclusive, que pelo menos uma solicitação de reunião específica de conciliação deve ser feita pela parte insatisfeita e que a solicitação deve ser atendida em até 30 dias do pedido, nos escritórios da ANP.

Já a alteração do item 34.7 não foi tão positiva assim e foi muito criticada pela melhor doutrina alinhada ao procedimento arbitral. Ocorre que definiu o conceito de direito patrimonial disponível, para fins da cláusula arbitral, como "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".

A crítica a essa cláusula advém do fato de que não é nem um pouco clara ao definir quais os casos que podem ou não ser resolvidos pelo procedimento arbitral, gerando uma

---

<sup>58</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 34

imensa instabilidade jurídica. Aliás, parece-nos que esse foi exatamente o intuito da ANP, dificultar a instauração do procedimento, deixando obscuro quais situações carecem de arbitrabilidade objetiva e, conseqüentemente, devam ser levadas ao Poder Judiciário.

Interessante notar que essa inclusão contratual surge pouco depois do conflito travado entre a ANP e o Consórcio firmado pela Petrobras, BG E&P Brasil e Petrogal Brasil. Nessa situação, o Consórcio formulou pedido de instauração de arbitragem para questionar a decisão da ANP que lhes negou a pretensão de separar o Campo de Lula em dois campos (Campo de Lula e Campo de Cernambi). Antes mesmo do Tribunal Arbitral se pronunciar sobre a sua competência para julgar o feito, a ANP ajuizou uma ação anulatória de procedimento arbitral, sob a alegação de que a controvérsia se tratava sobre direitos indisponíveis. Sobre esse caso, analisaremos em detalhes no capítulo 5.

### **2.3.10. Décima quarta rodada (2017)**

A décima quarta rodada apresenta poucas alterações em comparação com a anterior, com destaque a uma alteração importante. Para começar, mantém o modelo de arbitragem *ad hoc*, com a aplicação do Regime Arbitral da Uncitral. Faz uma sutil alteração no item i da cláusula 34.5, determinando agora que a decisão judicial sobre a medida cautelar terá sua eficácia cessada se "a arbitragem não for requerida no prazo de 30 (trinta) dias da data de efetivação da decisão", como uma forma da competência do tribunal arbitral, garantindo que a medida liminar não ultrapassará seus limites.

Além disso, insere um prazo de 30 dias para as partes selecionarem a câmara arbitral, se optarem pelo modo de procedimento institucional, garantindo maior celeridade nas tratativas prévias à instauração do procedimento.

A maior mudança, entretanto, foi uma correção da cláusula criticada na rodada anterior a esta, de modo que a ANP, percebendo da obscuridade da definição do que seriam os direitos patrimoniais disponíveis, escolhe por alterar a cláusula 34.7 para listar os direitos que detém a arbitrabilidade objetiva e possam então ser passíveis de arbitragem. São eles as controvérsias que tratam de "a) incidência de penalidades contratuais e seu cálculo, e controvérsias decorrentes da execução de garantias; b) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e c) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes".

Apesar de ainda não ser a melhor definição, a cláusula tornou-se muito mais clara, diminuindo a insegurança jurídica dos contratantes.

### **2.3.11. Décima quinta, décima sexta e décima sétima rodadas (2018, 2019, 2021)**

A décima quinta rodada (2018) foi a que mudou mais radicalmente todos os contratos dos últimos anos, com alterações importantíssimas que repararam vários dos erros praticados nos contratos anteriores.

A alteração mais importante foi a eliminação da possibilidade do procedimento arbitral na modalidade *ad hoc*, restaurando a arbitragem institucional. Diferente de como foi redigida anteriormente, também não prevê a CCI como a câmara que processará o procedimento e sim deixa a cargo das partes decidirem e acordarem a instituição arbitral, desde que seja "notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, com capacidade para administrar arbitragem conforme as regras da presente cláusula, e preferencialmente com sede ou escritório de administração de casos no Brasil". É muito interessante a escolha da ANP do uso da palavra preferencialmente, permitindo assim que o processo arbitral tramite em instituição internacional, o que certamente serve para atrair investidores de fora do país.

A redação da cláusula também deve ser elogiada por outro aspecto, pois não larga a escolha na mão das partes de forma impensada que possa desaguar no Poder Judiciário para resolver esse possível conflito, como antes advertiu Schmidt, mas estipula que, caso as partes não cheguem a um acordo em um prazo de 30 dias, a ANP poderá indicar uma das seguintes instituições: (i) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (ii) Corte Internacional de Arbitragem de Londres; ou (iii) Corte Permanente de Arbitragem de Haia. Prevê ainda que, se a ANP não fizer a indicação dentro do prazo, a outra parte poderá se valer de qualquer das três instituições mencionadas.

O contrato prevê também que a "arbitragem será conduzida conforme as regras da instituição arbitral escolhida", eliminando as controvérsias sobre as escolhas de regimento dos contratos anteriores. Retira ainda a necessidade de que o conflito seja de valor voluptuoso para que o painel seja formado por apenas um árbitro, autorizando que "serão adotados procedimentos expeditos ou de árbitro único em caso de acordo expresso entre as partes".

Outra mudança crucial incluída neste contrato, que de novo reparou um grande erro prévio, foi a previsão de que as custas necessárias para a instauração do procedimento são devidas à Parte que requerer a instauração da arbitragem, restaurando então o princípio da isonomia das partes e igualando esse quesito às regras do processo civil. Assim, "a Parte requerida somente ressarcirá tais valores de forma proporcional ao resultado da arbitragem, conforme decidido na sentença arbitral".

Trouxe também a inclusão da condenação de honorários advocatícios, de modo que "O Tribunal Arbitral condenará a Parte total ou parcialmente vencida ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos dos artigos 85 e 86 do Código de Processo Civil brasileiro, ou norma que os suceda".

Além disso, incluiu um item à previsão dos direitos que podem ser dirimidos pela arbitragem, quais sejam as "demandas relacionadas a direito ou obrigação contratual". Essa inclusão, apesar de importante, visto que já destrinchamos que, essencialmente, os direitos disponíveis são aqueles de natureza contratual, a cláusula continua sendo imprecisa e pode servir de subterfúgio para medidas antiarbitrais promovidas pela ANP.

Outras alterações também foram notadas, quais sejam: a alteração do prazo para que a solicitação de reunião de que se trata a cláusula escalonada seja atendida em 15 dias, garantindo maior celeridade ao processo; inclusão da previsão de mediação (cláusula 34.3), determinando que as Partes poderão submeter a controvérsia a mediação de entidade habilitada para tanto; inclusão da possibilidade da ANP suspender a adoção de medidas executórias do contrato, desde que "o Concessionário mantenha as garantias vigentes pelos prazos previstos", evitando o ajuizamento desnecessário de medida judicial; e, por fim, a introdução pela primeira vez do princípio da publicidade do procedimento arbitral, de tal maneira que a divulgação das informações ao público ficará a cargo da instituição arbitral.

A décima sexta (2019) e décima sétima (2021) rodadas seguiram *ipsis litteris* as redações das cláusulas relacionadas à convenção de arbitragem estabelecidas na décima quinta rodada.

### **3. O PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ***

Conforme explorado no capítulo anterior, todos os contratos de concessão firmados com a ANP desde a rodada zero até a décima-sétima previram tanto a cláusula compromissória, quanto a cláusula de foro como métodos de resolução de conflitos. Estabelecemos naquela oportunidade que a cláusula de foro é revestida de um caráter supletivo, devendo ser aplicada nas situações em que o direito controvertido não puder ser dirimido em tribunal arbitral pela falta de arbitrabilidade objetiva.

Nesta tese surge uma nova complicação: quem é dotado de competência para decidir sobre a (in)competência do tribunal arbitral para processar o litígio de acordo com as hipóteses de arbitrabilidade. Essa jurisdição seria estatal ou arbitral?

Exploraremos esse ponto essencial para análise das medidas antiarbitrais adotadas pela ANP sob a óptica do princípio alemão *Kompetenz-Kompetenz*.

#### **3.1. CONCEITO**

Estabelecemos como premissa nessa dissertação que, ao firmar a Convenção de Arbitragem, as partes renunciam ao direito de recorrer ao Poder Judiciário para solucionar eventuais conflitos futuros. A cláusula não é uma mera previsão contratual, é um compromisso, como podemos extrair do próprio nome: cláusula compromissória. Isto é, verificada a existência de convenção arbitral, a parte tem o dever de sujeitar o conflito para a resolução por esta via, não podendo este ser submetido ao Poder Judiciário.

Essa obrigação se impõe tanto para as cláusulas compromissórias cheias, que podem instaurar desde logo o procedimento, quanto para as cláusulas vazias, que mesmo não contendo todos os elementos suficientes para sua instauração imediata, é vinculante e obriga as partes a se submeterem à arbitragem.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 8º da LBA estabelece que "cabará 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".

Depreende-se da previsão legal, então, que a primeira análise sobre sua competência para processar o litígio deve ser do árbitro.

Esse é justamente o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, ou competência-competência. Segundo Rafael Francisco Alves<sup>59</sup>, na sua origem alemã, a expressão significava a competência única e exclusiva do árbitro para decidir sobre sua própria competência, de modo que seria inviável qualquer tipo de revisão pelo Poder Judiciário. O atual conceito, aplicado a arbitragem, significa que ele é o "primeiro senhor de sua própria competência", mas que essa decisão está sujeita ao controle Estatal em um segundo momento.

Nas palavras do processualista Freddie Didier Jr., a regra da *kompetenz-kompetenz* estabelece uma prioridade: "na pendência de processo arbitral, quem primeiro tem de analisar questões relativas à competência ou à existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem é o próprio árbitro ou o tribunal arbitral"<sup>60</sup>.

Essa ideia de competência-competência, inclusive, não é restrita ao processo arbitral, mas é status de princípio a todo processo geral, estendendo-se a qualquer autoridade com poder decisório, inclusive no processo civil. Se é suscitada a incompetência do juiz, esse é o primeiro a se manifestar, positivamente pela sua competência ou determinando a remessa dos autos a outro órgão julgador.

Essa questão nos remete diretamente à teoria que comentamos de Eduardo de Albuquerque Parente, a qual afirma que a arbitragem é um sistema dentro de um sistema maior, o da Teoria Geral do Processo. Dessa forma, a "arbitragem oscila sempre entre autonomia e integração", e, nesta integração, o sistema da jurisdição estatal e o da arbitral se interseccionam ao compartilhar o "**mesmo ideal de justiça**"<sup>61</sup>.

Segundo esse princípio, mesmo se alegada a nulidade integral do contrato o qual está inserida a cláusula compromissória, caberá ao árbitro conhecer dessa questão, de modo que o tribunal arbitral será o primeiro a se pronunciar sobre a suposta nulidade sustentada. Caso de fato haja um vício na cláusula compromissória, o árbitro declarará sua falta de jurisdição e o processo será interrompido. Essa propriedade faz parte do que é chamado de autonomia da

---

<sup>59</sup> ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7-8 e 63-64.

<sup>60</sup> DIDIER Jr., Freddie, *Curso de direito processual civil*, 17 ed., 2015, I, p. 645.

<sup>61</sup> OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Trad. Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza e José Joaquim Caicedo Meoulin. Bogotá: LEGIS, 2006 [original de 1998], p. 195 (tradução livre).

cláusula arbitral.<sup>62</sup> Sobre esse ponto, interessante notar que Bruno Oppetit entende a concepção da autonomia da arbitragem como mito criado pela doutrina, já que a execução arbitral sempre se submete ao controle judicial.

### 3.2. EFEITO POSITIVO E NEGATIVO

O *Kompetenz-Kompetenz* se apresenta de duas formas, produzindo dois efeitos diferentes: o negativo e o positivo. Talamini (2016) explica que não se trata de "duas faces distintas de uma mesma moeda". Na verdade, são duas nuances diferentes de uma mesma face, apenas percebidas por perspectivas diferentes. São "aspectos incidíveis de um mesmo fenômeno", oriundos do mesmo poder.

Entendido isso, expliquemos cada um.

O efeito positivo refere-se à função jurisdicional do árbitro. É o que atribui a ele a preferência de que se manifeste sobre sua própria competência para apreciar todas as questões sobre a existência e validade da convenção arbitral. Caso entenda que pode ser executada, tem o poder de prosseguir com o procedimento e proferir sentença de mérito do processo.

Já o efeito negativo é o que afasta a intervenção judicial que pretenda dirimir as questões prévias da convenção arbitral, ou seja, sua validade/eficácia (Martins, 2008, p. 137). É então um efeito que tem reflexo na ordem cronológica, afastando de plano a competência do Judiciário para que se debruce sobre a investigação da validade desse pacto.

Caso receba litígio que tenha prévia convenção arbitral, o juiz deve apenas "examinar prima facie o âmbito objetivo e subjetivo" da convenção de arbitragem, "declinando a sua competência se tal convenção não for 'manifestamente' nula ou manifestamente inaplicável" (Talamini, 2016). Segundo o CPC, o órgão judicial deve extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 485, VII).

Entretanto, essa preferência não afasta de todo a jurisdição estatal, que é inafastável. De modo algum significa que, mesmo tratando-se de direito indisponível ou não patrimonial, o conflito poderá tramitar no Tribunal Arbitral porque o árbitro que julgou que a matéria é de sua competência – isso seria contra todos os outros princípios do direito brasileiro. Importa,

---

<sup>62</sup> TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. Revista de arbitragem e mediação. Vol. 50, ed. 2017.

na verdade, que a ele seja dada a primeira oportunidade para se manifestar sobre essa preliminar, seja de ofício ou por provocação de alguma das partes, mas que essa decisão pode ser reformada pelo juiz togado.

Nesse sentido, mesmo que a análise do árbitro seja por não conhecer da nulidade da cláusula compromissória, o Poder Judiciário tem a autorização expressa para rever a decisão, se entender que não está alinhada com o melhor direito, conforme disposto nos arts. 8º e 20º da Lei 9.307/1996.

### **3.3. INCONSTITUCIONALIDADE**

Existe uma discussão doutrinária sobre a possível inconstitucionalidade do princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Eleonora Coelho Pitombo (2007, pp. 332-333) elucida alguns pontos defendidos por essa parte da doutrina, quais sejam: (i) a atribuição de competência ao Tribunal Arbitral para decidir sobre matéria de ordem pública, especialmente quando relacionada a direitos indisponíveis, gera incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro; (ii) tira do Poder Judiciário a competência e o dever de apreciar lesão e ameaça de direito e, (iii) viola o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, em razão da natureza irrecorrível da sentença arbitral.

Entretanto, entende-se o melhor posicionamento que não há o que se falar em inconstitucionalidade. O que há é apenas um privilégio de que seja o primeiro a se debruçar sobre sua própria competência, mas a decisão do árbitro, como já dito, poderá ser revista pelo judiciário sem maiores problemas, dotado de um caráter sucessivo. O objetivo prático desse norte *Kompetenz-Kompetenz* é, não apenas, mas principalmente, evitar a judicialização prematura da controvérsia, que diversas vezes não espera ao menos a instauração do procedimento arbitral para que se ajuíze uma *anti-suit injunction*.

### **3.4. MEDIDAS ANTIARBITRAIS**

Defende Talamini (2016, p.7) que existe uma impossibilidade jurídica nas chamadas medidas antiarbitrais, que tem o condão de obstar a instauração ou o desenvolvimento da arbitragem, mesmo que no direito brasileiro existam alguns mecanismos para tal.

O objetivo desse tipo de medida é a flexibilização do *kompetenz-kompetenz* em casos que, supostamente o Poder Judiciário poderia identificar *prima facie* a nulidade ou não aplicabilidade da cláusula compromissória, como, por exemplo, pela falta de arbitrabilidade objetiva do litígio.

Ora, se o árbitro é competente para decidir sobre sua própria competência, e há uma preferência cronológica para que o árbitro o faça antes do Poder Judiciário, o ajuizamento de uma *anti-suit injunction*, quando a medida ainda não foi analisada pelo Tribunal Arbitral, é uma violação frontal ao princípio competência-competência e, por consequência, uma violação à previsão contida no art. 8º da LBA.

Segundo orienta Rafael W. Schwind, se o Estado pretende suscitar a nulidade da convenção de arbitragem firmada entre ele e a outra parte contratante, por falta de algum dos requisitos da arbitrabilidade subjetiva ou objetiva, deverá fazê-lo perante o próprio tribunal arbitral. Medida judicial, nesses casos, configura uma violação ao princípio da competência.

Isto é, a medida antiarbitragem constitui a pretensão de uma tutela judicial que é obstada pelo ordenamento jurídico, ou, como chama Bruno Oppetit, é a judicialização da arbitragem, de modo que, o processo que possui essa pretensão deve ser extinto liminarmente sem a resolução do mérito.

Até porque, um princípio norteador do direito brasileiro que anda íntimo a este nos casos de arbitragem com a administração pública é o princípio constitucional da boa-fé. Se a cláusula compromissória está prevista no contrato firmado entre o Estado e o particular, o que se espera é que seja cumprida e o conflito será levado ao tribunal arbitral, sem que a cláusula seja impugnada prematuramente no judiciário.

Segundo Talamini, esse tipo de atitude frequente da Administração Pública – pelo tema da dissertação, especificamente da ANP -, constitui *venire contra factum proprium*, expressão em latim utilizada para se referir a comportamento contraditório de uma pessoa. Isto é, a própria Administração prevê contratualmente a cláusula compromissória e, em segundo momento, insurge-se contra ela. Portanto, quebra a confiança e a boa-fé objetiva constituída com o particular.

A ANP é parte de várias ações que têm o objetivo de afastar a jurisdição arbitral – conforme exploraremos no Capítulo 5 -, assim como outros entes da Administração Direta e Indireta como um todo. As justificativas para esse tipo de atitude são muitas, mas nenhuma é capaz de prosperar, senão vejamos as principais.

A primeira alegação é o afastamento à jurisdição estatal, de modo que o princípio da competência-competência impediria o acesso à justiça estatal. Porém, como visto anteriormente, essa alegação não é verdadeira, no sentido de que o Poder Judiciário tem poder de reexame da decisão de existência/validade da convenção arbitral, mas que há uma prioridade cronológica do árbitro.

Também alega a economia processual, já que o tribunal arbitral ainda tem custos caros e não faria sentido despender desse tipo de recurso se a decisão fosse reexaminada posteriormente pelo poder judiciário. Porém, essa tese é falha por si só: a competência-competência não é exclusiva do tribunal arbitral e se aplica a todas as outras formas de jurisdição. Por um paralelo bem colocado por Talamini:

"a parte poderia, por exemplo, diretamente ir ao tribunal estatal de segundo grau para impedir que o adversário ajuizasse sua demanda judicial em determinada comarca, ou nela prosseguisse – sob o argumento de que aquele foro é incompetente. A economia processual justificaria essa solução? Evidentemente, não."<sup>63</sup>

Sobre a orientação jurisprudencial acerca da aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz* e a adoção de medidas antiarbitrais, a jurisprudência dominante se manifestou diversas vezes sobre o assunto e conta com 61 precedentes (até maio de 2024) que asseguram, nos mais variados contextos, a primazia do princípio.

Assim já se pronunciou o Colendo Tribunal:

"A jurisprudência do STJ 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"<sup>64</sup>

Um marco importante também foi a apresentação na edição nº 122 do Informativo Virtual "Jurisprudência em Teses" do STJ, utilizado para publicizar suas teses mais importantes, na qual fixou Tese nº 3:

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.

---

<sup>63</sup> TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. Revista de arbitragem e mediação. Vol. 50, ed. 2017.

<sup>64</sup> AgInt no AREsp n. 1.971.991/RJ, Min. Og Fernandes

Entretanto, mesmo com o entendimento pacífico sobre o assunto, medidas antiarbitrais foram e seguem sendo utilizadas pela ANP, mesmo que *leading cases* tenham sido resolvidos pelo STJ, que se pronunciou sobre a arbitrabilidade objetiva e o princípio *Kompetenz-Kompetenz* especificamente em cláusulas compromissórias previstas em contratos de concessão para a exploração de petróleo e gás natural.

Vamos explorar os casos mais notórios a seguir.

#### **4. O ENTENDIMENTO DO STJ**

O STJ se pronunciou diversas vezes ao longo dos anos sobre a arbitragem com a Administração Pública. A partir dos entendimentos extraídos dos julgados, fixou a tese de que “não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, para a resolução de conflitos relacionados a direitos disponíveis”<sup>65</sup>.

Alguns casos se destacaram para a uniformização dessa tese, como o caso AES Uruguaiana (STJ, REsp n.º 612.439/RS, rel. Ministro João Otávio de Noronha). O julgamento ocorreu em 2005 pela segunda turma do STJ e, pela primeira vez, reconheceu a validade da convenção de arbitragem prevista em contrato firmado com a Administração Pública, especificamente em contrato de compra e venda de energia elétrica celebrado entre a Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE (sociedade de economia mista) e a AES Uruguaiana Ltda. (empresa privada).

Outro julgado que merece ser mencionado é o Caso Compagás (STJ, REsp n.º 904.813/PR, rel. Ministra Nancy Andrighi), julgado em 2011. Nele, o STJ, dessa vez a terceira turma, reafirmou o entendimento de que é válida a convenção arbitral celebrada por sociedade de economia mista, dessa vez entre a estatal Companhia Paranaense de Gás Natural – Compagás e o Consórcio Carioca Passarelli.

Para o presente estudo, três casos foram selecionados para serem analisados: (i) o caso Parque das Baleias; (ii) Tupi Cernambi; e (iii) o Campo de Baúna e Piracaba.

---

<sup>65</sup> BRASIL. Jurisprudência em teses, ed. n 122. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11369/11498>>. Acesso em 16 de agosto de 2024.

Os três conflitos carregam o nome do campo de exploração de petróleo, figuram como partes a ANP e a(s) concessionária(s) e tratam da competência do tribunal arbitral para dirimir controvérsia oriunda do contrato de concessão firmado com a Agência Reguladora para a exploração de petróleo e gás natural. Nessas oportunidades, o STJ decidiu tanto sobre a arbitrabilidade objetiva das controvérsias, quanto sobre a aplicação/relativização do princípio *Kompetenz-Kompetenz*.

Esses três casos foram selecionados porque foram os três conflitos que chegaram ao STJ por um litígio fundado na arbitrabilidade dos direitos decorrentes de contratos de concessão firmados com a ANP para a exploração de petróleo. A partir dessa premissa discutem a disponibilidade, ou seja, a arbitrabilidade, do direito relativo à definição dos campos de petróleo e a possibilidade da relativização do princípio competência-competência.

A partir desses casos, vamos analisar seus contextos, o entendimento do STJ sobre a arbitrabilidade objetiva dos contratos de concessão e a aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*.

## **4.1. CASO PARQUE DAS BALEIAS**

### **4.1.1. Contexto**

O caso Parque das Baleias foi o primeiro dos três a ser julgado e serviu como *leading case* para a uniformização do entendimento dos demais processos.

Trata-se de Conflito de Competência nº 139.519/RJ instaurado pela Petrobrás, no qual foram suscitados a 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2 e o Tribunal Arbitral constituído no Processo nº 20196/ASM junto à Câmara de Comércio Internacional (CCI). O conflito é um dos desdobramentos de uma controvérsia firmada entre a Petrobrás e a ANP em torno da definição acerca dos campos de exploração de petróleo encontrados no pré-sal– especificamente o chamado Parque das Baleias.

A controvérsia é oriunda da rodada zero de licitações, que ocorreu em 2000, a qual a Petrobras venceu isoladamente o certame e firmou com a ANP um Contrato de Concessão para exploração, desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural, de número 48000.003560/97- 49, para a exploração do Bloco BC-60.

Para relembrar, analisamos que o contrato da rodada zero previa a cláusula de arbitragem, de modo que deveria tramitar no Rio de Janeiro – RJ e deveria ser administrada pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), com base em seu Regulamento de Arbitragem.

Diante de suas descobertas durante a exploração, a Petrobras apresentou à ANP declarações de comercialidade e planos de desenvolvimento independentes, indicando que os reservatórios deveriam dar origem aos Campos Baleia Anã, Baleia Azul, Baleia Franca, Cachalote, Caxareu, Jubarte e Pirambu. Entretanto, a ANP resolveu considerar os reservatórios como "um único Campo, delimitado por uma mesma poligonal (*ring fence*)", publicando então a Resolução RD 69/2014.

O subsídio da decisão da ANP foi o aumento substancial do valor das participações governamentais recolhidas – essa participação especial tem como base de cálculo a produção de um campo. A Nota Técnica SPG 50/2012 aponta que a unificação dos reservatórios importaria em um aumento de R\$17,3 bilhões para R\$44,0 bilhões na arrecadação das participações. Por esse motivo, e com o esgotamento das vias administrativas, a Petrobras propôs ação cautelar antecedente à instituição da arbitragem – exemplo do caráter cooperativo com a instituição Estatal - com o escopo de suspender os efeitos da referida Resolução da ANP, tendo, posteriormente, apresentado a arbitragem com o intuito de reverter a unificação dos campos de petróleo.

A referida liminar foi concedida, mas foi posteriormente reformada em sede de agravo de instrumento pela 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª região, sob o entendimento de que a questão seria impassível de arbitragem por se tratar de direitos indisponíveis. O procedimento arbitral foi então instaurado e suspendeu os efeitos da Resolução RD 69/2014 da ANP.

Pouco tempo depois da instauração do processo, a ANP ajuizou perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro ação anulatória em face da Petrobrás, requerendo a anulação do procedimento arbitral (*anti-suit injunction*). Isso porque, conforme alegado pela Agência, o direito discutido seria indisponível, portanto, não seria dotado de arbitrabilidade objetiva e não poderia ser processado pela arbitragem.

Nessa oportunidade, o juízo da 5ª Vara Federal proferiu sentença de improcedência da ação, sob o argumento que:

"Não se acolhe a tese central da requerente no sentido de caber a este órgão jurisdicional pronunciamento prévio sobre a incompetência do árbitro. As regras que tratam da relação entre competência judiciária e arbitral realmente estabelecem o pronunciamento da justiça ao final. A lógica destas previsões não pode ser afastada por ser mais onerosa, como diz a requerente".

A ANP então interpôs apelação com pedido de efeito suspensivo ativo requerendo a antecipação de tutela recursal para suspender a arbitragem até o julgamento do recurso. A liminar foi deferida pela Desembargadora Relatora Vera Lúcia Lima e confirmada por acórdão proferido pelo 2º grau, que fundamentou:

"concernente à delimitação de campo de petróleo, por envolver atividade fiscalizadora, decorrente de poder de polícia da agência reguladora, configuraria direito indisponível que, por conseguinte, escaparia aos limites da cláusula de compromisso arbitral.

Nesse passo, com a ressalva de meu entendimento em sentido contrário, já externado quando do julgamento do aludido recurso, e sem prejuízo da discussão que certamente se travará, e será exaurida, nos autos principais, mas em respeito à decisão majoritária do Colegiado, creio que se afigura oportuno a concessão do provimento liminar pleiteado, de modo a resguardar a eficácia da decisão que vier a ser tomada nos autos principais.

Destarte, diante dos elementos inerentes ao caso em apreço, por ora, e sem prejuízo de exame mais detido da matéria quando do julgamento pelo colegiado, defiro o pedido de provimento liminar para suspender a tramitação da arbitragem instaurada pela Petrobrás para discutir a validade da RD nº 69/2014, até que seja concluído o julgamento das apelações interpostas no processo originário nº 0006800-84.2014.4.02.5101 (2014.51.01.006800-1)."

Portanto, o Poder Judiciário e Tribunal Arbitral avocaram a competência para o exame da questão, o que justificou fosse suscitado o conflito positivo de competência pela Petrobras perante o STJ. O conflito foi julgado definitivamente em 11.10.2017, com a declaração da competência do Tribunal Arbitral. O acórdão foi publicado com a seguinte redação:

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 precedente, 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.<sup>66</sup>

#### **4.1.2. Arbitrabilidade objetiva**

A discussão do caso se baseia em dois pontos centrais: (i) a (in)arbitrabilidade objetiva da controvérsia acerca da unificação dos campos de petróleo e (ii) a competência Estatal ou arbitral para decidir sobre sua própria competência.

Vamos analisar o primeiro ponto.

A ANP alega que o litígio versa sobre direito que é patrimonial, mas é indisponível e, por isso, é inarbitrável. Isso porque, a decisão que definiu todas as áreas descobertas pela Petrobrás como um único Campo de Petróleo e determinou que a concessionária produzisse apenas um único plano de desenvolvimento seria oriunda do Poder de Polícia que assiste à Agência Reguladora. Nesse sentido, se caracterizaria como um ato de império da Administração Pública e a natureza desse tipo de poder seria indisponível.

---

<sup>66</sup> (CC n. 139.519/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe de 10/11/2017.)

Conforme estabelecemos anteriormente, a corrente doutrinária que utiliza esse parâmetro da diferença da natureza dos atos da Administração Pública determina que os atos de império dizem respeito a matérias inerentes ao Estado e não podem ser arbitrados, quanto os atos de gestão poderiam ser processados pela via arbitral.

A ANP ainda alega que a aprovação do Plano de Desenvolvimento pretendido pela Petrobras reflete diretamente na arrecadação das participações especiais, que, por sua vez, é de interesse arrecadatário dos Estados. Por isso, versa sobre interesse público primário e deve ser interpretado à luz de sua supremacia.

Em contraponto, a Petrobras alega que a possibilidade de resolução de conflitos oriundos de contratos de concessão para a exploração de petróleo pela via arbitral foi expressamente autorizada pela Lei 9.478/97 e, dito isso, não poderia a ANP, na qualidade de Agência Reguladora, usurpar a competência do legislativo para determinar que o contrato de concessão não pode ser arbitrado.

Tampouco a Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014 seria um ato de império da Administração e trataria de direito público primário. Na verdade, por ser uma empresa que tem como fim a busca por ganhos financeiros, o interesse público seria meramente secundário. Além disso, a medida seria estritamente patrimonial, dado que a unificação pretendida pela ANP tem cunho arrecadatário.

Sobre a natureza da matéria controvertida, o acórdão relatado pela Ministra Regina Helena entendeu pela disponibilidade do direito relacionado à definição técnica de campo de petróleo, nos seguintes termos: "sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público".<sup>67</sup>

Ressaltou ainda que "a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu atendimento" e que o "direito patrimonial objeto do contrato de concessão é direito disponível da Administração, podendo ser objeto de jurisdição arbitral".

---

<sup>67</sup> (CC n. 139.519/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe de 10/11/2017.)

Portanto, podemos extrair do acórdão que, por mais que a ANP tenha tentado emplacar os critérios da natureza do ato administrativo e do interesse público para definir a arbitrabilidade da matéria, o critério utilizado pela Ministra Relatora foi o da contratualidade: se o direito pode ser objeto contratual, pode ser arbitrado. É, hoje, um dos critérios mais aceitos na doutrina como marco de arbitrabilidade objetiva.

A conclusão do voto vencido proferido pelo Ministro Napoleão Nunes foi em sentido diverso, acatando a alegação da ANP de que o interesse patrimonial dos Estados e Municípios obsta a arbitrabilidade do litígio. Porém, esse fundamento nos parece estranho ao admitir o descumprimento da cláusula compromissória pactuada previamente entre as partes por razão de interesse de terceiros alheios à relação contratual.

#### **4.1.3. *Kompetenz-Kompetenz***

O segundo grande ponto controvertido foi em relação ao princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Inicialmente, a Petrobras justificou que o motivo de ter instaurado o conflito de competência seria para preservar a competência do Tribunal Arbitral para, em primeiro lugar, decidir sobre a arbitrabilidade objetiva, logo sobre a eficácia da cláusula arbitral e sua própria competência. Em seu fundamento, retirar essa decisão da câmara arbitral, que já estava instalada e composta por árbitros indicados pelas partes, e transferi-la para o Poder judiciário, seria uma ofensa a esse princípio.

Já para a ANP, o princípio não deve prosperar no caso concreto, pois "em momento algum a ANP e o Estado questionaram a existência, a validade e a eficácia de cláusula compromissória" e o que se aduziu na verdade foi "se a contenda submetida ao Juízo Arbitral de fato encontra-se acobertada pela cláusula compromissória".

Além disso, a ANP também alegou: a natureza indisponível da matéria; que a instauração de Juízo Arbitral afeta o interesses de terceiros (se referindo ao estado do Espírito Santos); ausência de competência do STJ para dirimir o Conflito de Competência; e que seria uma violação aos princípios da eficiência, do acesso à justiça e da economia processual o dever de dar prioridade ao Tribunal Arbitral para decidir sobre sua competência e, apenas depois, sujeitar o reexame da matéria ao judiciário, que, supostamente, declararia a incompetência da câmara de arbitragem porque trata-se de direito indisponível.

Sobre esse conflito, o acórdão decidiu pela preferência do tribunal arbitral, no sentido que precede a jurisdição estatal para deliberar sobre os limites de suas atribuições, de forma a preservar a convivência entre o direito patrimonial disponível e a indisponibilidade do direito público.

Além disso, ressaltou que essa preferência não significa um obstáculo de acesso à jurisdição estatal, apenas que o prematuro ajuizamento de medida antiarbitral é um descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

Em seu voto, o Ministro Napoleão Nunes Maia entendeu que a cláusula compromissória não deve significar o afastamento definitivo da jurisdição estatal, e, principalmente, não está "acima do interesse nacional de preservação de suas riquezas minerais". Sob esse argumento, decidiu que o princípio da *kompetenz-kompetenz* não é absoluto e deve ser relativizado em situações em que há manifesta ineficácia da cláusula compromissória.

Sobre essa alegação, a Min. Regina Helena corrigiu a premissa do Min. Napoleão de que definir a competência do Tribunal Arbitral afastaria a jurisdição estatal, esclarecendo que "a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu atendimento."

## **4.2. CASO TUPI CERNAMBI**

### **4.2.1. Contexto**

No caso que deu origem ao REsp 2107620/RJ, o Consórcio formado pelas empresas Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), Shell Petróleo Brasil Ltda. e Petrogal Brasil S.A. foi vencedor da 2º Rodada de Licitações de Concessões (2000) e, juntas, assinaram o Contrato de Concessão nº 48610.003886/2000 para explorar e produzir petróleo e gás na área delimitada pelo Bloco BM-S-11.

Após a execução do Programa Exploratório Mínimo (PEM) e da realização das atividades contidas no Plano de Avaliação de Descoberta (PAD), decorridos 11 anos depois da assinatura do contrato, o Consórcio apresentou dois Planos de Desenvolvimento para a

Constituição de dois Campos de Petróleo. À época, as áreas foram denominadas de Campo Lula, depois renomeado Campo Tupi e Campo Cernambi.

Assim como no Parque das Baleias, a ANP negou provimento à solicitação de separar os dois campos e solicitou que fosse apresentado um único Plano de Desenvolvimento referente ao campo Lula. A justificativa foi a mesma: a ANP negou a separação dos campos porque importaria uma perda de cerca de US\$ 14,9 bilhões em participações especiais. Após a decisão negando o provimento do recurso administrativo, o Consórcio requereu a instauração de procedimento arbitral para a solução do impasse, com pedido subsidiário de indenização por perdas e danos.

A ANP então ajuizou *anti-suit injunction* para que fosse declarada a nulidade do procedimento arbitral, invocando inaplicabilidade da cláusula compromissória por suposta indisponibilidade do direito. Conseguiu decisões favoráveis, inclusive com a suspensão da arbitragem, em 1º e 2º graus<sup>68</sup>.

Os principais fundamentos foram que: (i) a previsão e a existência de cláusula compromissória não seriam capazes de excluir a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir da ANP, impedindo-se a extinção do processo sem resolução de mérito; (ii) direito controvertido seria indisponível; e (iii) a possibilidade de separação ou unificação de campos estaria inserida entre as atribuições da ANP de seu poder de polícia.

Interposto recurso especial e extraordinário, que inicialmente teve seu seguimento negado, mas depois foi reconsiderado pelo desembargador relator, a então Relatora (Ministra Assusete Magalhães) monocraticamente deu provimento integral ao recurso especial, com base na Súmula 568<sup>69</sup>, aplicando o princípio *Kompetenz-Kompetenz* ao caso concreto e reconhecendo que cabe ao juízo arbitral decidir sobre sua própria competência, em primazia. Citou, inclusive, o CC 139.519/RJ como jurisprudência condutora da decisão.

A ANP então opôs embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento, alegando suposta obscuridade da decisão monocrática por não detalhar suficientemente a "*suposta existência de entendimento dominante do STJ nesse sentido, e que esse entendimento teria sido pacificado no julgamento do CC 139.519/RJ [Caso Parque das Baleias]*".

---

<sup>68</sup> Paralelamente, o Consórcio ajuizou ação cautelar incidental à arbitragem (enquanto ela não fosse instaurada) visando a assegurar o direito à realização de depósito em juízo dos valores controvertidos.

<sup>69</sup> "o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema"

#### **4.2.2. Arbitrabilidade objetiva**

A ANP e o Consórcio alegaram os mesmos argumentos já explorados no exemplo anterior, tanto sobre a arbitrabilidade objetiva, quanto sobre a aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*.

Apesar das decisões proferidas em sede de primeiro e segundo grau de jurisdição terem enfrentado o mérito da arbitrabilidade objetiva e terem estabelecido que se trata de direito de matéria indisponível, a Ministra Relatora enfrentou essa matéria aplicando a arbitrabilidade com base no caso de Parque das Baleias, entendendo então que é disponível o direito relativo à definição técnica de campo de petróleo.

#### **4.2.3. *Kompetenz-Kompetenz***

Da mesma forma foi decidido a favor do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, definindo que

"encontra-se firmado o entendimento jurisprudencial acerca da aplicação da regra do kompetenz-kompetenz, de modo que, em regra, caberia ao árbitro decidir a respeito de sua competência em questão concernente à interpretação de contrato que possua cláusula compromissória."

Além disso, citou também a instauração do tribunal arbitral a partir do princípio da boa-fé, esclarecendo que a inserção da cláusula compromissória foi um ato de vontade da própria ANP, de modo que sua posterior impugnação é que constitui em má-fé.

### **4.3. CASO BAÚNA E PIRACABA**

#### **4.2.1. Contexto**

O último processo analisado é também o mais recente, o Recurso Especial n.º 2.120.940/RJ de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em 15 de abril de 2024. Embora o caso tramite em segredo de justiça, vamos analisar a versão pública da decisão.

Podemos extrair do relatório que se trata de controvérsia oriunda de instauração de procedimento arbitral pela Petrobras, a partir de contrato de concessão para exploração de campos de petróleo, contra a unificação de campos (Baúna e Piracaba) determinada pela Resolução de Diretoria da ANP n.º 249/2013.

Assim como nos outros casos, TRF-2 afastou a aplicação do princípio Kompetenz-Kompetenz por entender pela inarbitrabilidade objetiva, sob o fundamento de que:

"a aprovação do plano de desenvolvimento e a delimitação de um campo de petróleo constitui ato administrativo derivado do poder de império, condicionado ao preenchimento dos requisitos previstos em lei e constitui poder/dever da administração"; e "a competência para traçar os limites do que seria um campo de petróleo, delimitando, inclusive, que engloba a possibilidade a possibilidade de haver dois reservatórios, se insere nitidamente no exercício da função regulatória executiva inserida na competência administrativa atribuída nos termos da Lei n.º 9.478/97 À ANP, bem como em sua discricionariedade técnica, certo, ainda como anteriormente destacado, que as jazidas de petróleo constituem monopólio da União"

Interposto recurso especial, o Ministro Herman Benjamin proferiu decisão monocrática dando provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e reconhecer a competência do Tribunal Arbitral para deliberar sobre a competência prevista na cláusula compromissória.

As partes vencedoras opuseram embargos de declaração apenas em relação à distribuição do ônus sucumbencial.

#### **4.3.2. Arbitrabilidade objetiva**

Em relação a arbitrabilidade objetiva, o Ministro identificou a similitude da discussão com o precedente vinculante formado pela análise do Caso Parque das Baleias e dispôs que

"no que concerne à disponibilidade do direito relativo à definição técnica de campo de petróleo, a Ministra Relatora manifestou-se no sentido de que 'sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público"

Concluiu, portanto, pela disponibilidade do direito controvertido, visto o precedente formado.

### **4.3.3. Kompetenz-Kompetenz**

Nesse âmbito, o Ministro Herman Benjamin acertadamente corrigiu a perspectiva do Eg. TRF-2, considerando (i) a aplicação ampla do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* de acordo com a jurisprudência dominante e, sobretudo, (ii) a similitude com o precedente vinculante formado pelo julgamento do caso Parque das Baleias.

A conclusão, ao fim, foi: "observa-se que o aresto impugnado diverge do posicionamento dominante nesta Corte Superior quanto à competência do Tribunal Arbitral"; por isso, igualmente firme na autorização do art. 34, XVIII, "c", do RISTJ, o recurso especial foi monocraticamente provido.

### **4.4. CONCLUSÕES SOBRE AS DECISÕES**

A partir dos três casos analisados, podemos concluir, portanto, que o STJ tem firmado a tese, a partir do que foi decidido no Caso das Baleias e aplicando-a nos outros casos subsequentes, que são dotados de arbitrabilidade objetiva os direitos patrimoniais e disponíveis a partir dos contratos de concessão firmados para exploração e produção de petróleo e gás natural.

Decidiu que os direitos do contrato de concessão, se podem ser objeto de contrato, também podem ser arbitráveis. Por essa escolha de interpretação, acabou por definir também que a indisponibilidade do interesse público não implica, necessariamente, na disponibilidade do direito sob discussão.

Portanto, a discussão acerca da delimitação dos campos de petróleo foi determinada por esses precedentes como discussões contratuais, decorrentes do interesse público secundário, ao que se fala em interesse na arrecadação pelo lado da ANP e ao interesse ao lucro por parte da Petrobras e outras concessionárias. E o ato de contratar é decorrente de ato de gestão da Administração e não de ato de império, como faz querer crer a ANP.

Sobre a primazia da competência do árbitro, o STJ firmou novamente essa premissa bem estabelecida de que existe uma ordem cronológica para que se decida sobre a validade/existência da cláusula compromissória, devendo o árbitro ser o primeiro a se manifestar.

Esse é um precedente que é confirmado e bem consolidado por diversas outras decisões do STJ, como é possível perceber pelos seguintes exemplos colacionados:

- **Corte Especial:** "eventuais questões referentes à existência, à validade e à eficácia da cláusula compromissória devem ser apreciadas pelos próprios árbitros (kompetenz-kompetenz)" (HDE n. 120/EX, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/12/2018, DJe de 12/3/2019);

- **1ª Seção:** " O questionamento do ESTADO/agravante acerca da validade da sujeição da controvérsia à solução arbitral, com base no caráter indisponível do direito público em disputa, manifesta patente comportamento contraditório, visto que, em um primeiro momento, firmou contrato com previsão de não submeter à jurisdição estatal as ações que envolvem o certame e, em outro momento, no bojo do presente incidente processual - via inadequada para apreciar tais argumentos - alega que os temas atinentes à execução do contrato escapam à jurisdição arbitral (venire contra factum proprium)" — Citado da R. decisão embargada (AgInt no CC n. 180.394/BA, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022);

- **2ª Seção:** "Segundo a regra da Kompetenz-Kompetenz, o próprio árbitro é quem decide, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória, nos termos dos arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei nº 9.307/1996. O caráter jurisdicional da arbitragem, decorrente da regra Kompetenz-Kompetenz, prevista no artigo 8º da lei de regência, impede a busca da jurisdição estatal quando já iniciado o procedimento arbitral, operando-se o efeito negativo da arbitragem previsto no art. 485, VII, do NCPC" (AgInt nos EDcl no AgInt no CC n. 170.233/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 14/10/2020, DJe de 19/10/2020);

- **2ª Turma:** "A jurisprudência do STJ 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" (AgInt no AREsp n. 1.276.872/RJ, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 1/12/2020, DJe de 30/6/2021);

- **3ª Turma:** "Vale lembrar que a pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro (REsp n. 1.277.725/AM, Terceira Turma, julgado em 12/3/2013, DJe de 18/3/2013.) Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da Kompetenz-Kompetenz)" (REsp n. 1.959.435/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 30/8/2022, DJe de 1/9/2022);

- **4ª Turma:** "o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros" (AgInt no AREsp n. 1.230.431/SP, relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 10/12/2021).

Portanto, em que pese as decisões do STJ terem se mostrado sólidas e uníssonas sobre esses pontos, a maior dificuldade tem sido unificar esses entendimentos aos juízos de primeira e segunda instância, que continuam aplicando decisões favoráveis a medidas antiarbitrais.

## CONCLUSÕES

A previsão da arbitragem como método de resolução de conflitos relacionados à exploração de petróleo e gás natural é prática habitual na indústria de óleo e gás, difundida mundialmente. No direito brasileiro não tem sido diferente, já que, com a flexibilização do monopólio estatal sobre a exploração do Petróleo em meados dos anos 90, todos os contratos de concessão para tal atividade econômica foram redigidos com a cláusula compromissória.

Apesar de ser uma evolução positiva e que acompanha o mercado internacional, há uma questão mal delimitada sobre quais litígios relacionados à Administração Pública podem ou não ser arbitrados, de modo que a imprecisão da legislação permitiu que a ANP

dificultasse e até mesmo impedisse a instauração e o prosseguimento da arbitragem, utilizando-se do poder judiciário para tal.

Por isso, pretendeu-se explorar, por meio deste trabalho, diretrizes mais precisas para a orientação de quais direitos detém a arbitrabilidade objetiva, no sentido de serem direitos patrimoniais e disponíveis, no âmbito do Direito Público. Além disso, buscou explorar soluções para os casos em que a arbitrabilidade objetiva não seja clara, em possível conflito de competência entre a jurisdição estatal e arbitral.

Sintetizamos, abaixo, as conclusões obtidas neste trabalho:

No primeiro capítulo, definimos que a arbitragem é um método de resolução de conflitos heterocompositivo especializado que tem sido preferencialmente adotado pelo comércio internacional. Na indústria de óleo e gás é principalmente atrativo por oferecer celeridade, especificidade e segurança jurídica aos investidores, que podem escolher a banca de árbitros e a definição das regras pelas quais aquele conflito será resolvido, sendo possível a aplicação da *lex petrolea*.

Nesse sentido, a arbitragem é um procedimento privado, extrajudicial e paraestatal, pautado na autonomia da vontade das partes, composto pelos litigantes e um ou mais árbitros. O árbitro, por sua vez, é independente, imparcial e toma a figura do juiz de fato e de direito no procedimento arbitral, investido de poder para que a decisão que proferir tenha a mesma validade que a sentença judicial.

Determinamos também que a natureza jurídica da arbitragem é jurisdicional, dotada de *notio*, *vocatio* e *iudicium*. E jurisdição é poder. A jurisdição, nesse caso, não é estatal, de modo que o Estado não detém mais integralmente o monopólio da jurisdição. O judiciário e a arbitragem fazem parte da Teoria Geral do Processo como sistemas independentes que fazem trocas no campo processual e material e agem em regime de cooperação.

A arbitragem pode ser convencionada por meio da cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Ambos têm poder de instituir a arbitragem, mas possuem uma diferença cronológica: a cláusula é prevista para resolução de futuras desavenças entre as partes, enquanto o compromisso é firmado no momento que surge o conflito. A forma de ambos está prevista pela Lei de Arbitragem e, existindo convenção arbitral válida, a resolução do litígio por meio da arbitragem é impositiva.

Fizemos um apanhado histórico da recepção da arbitragem pela legislação brasileira, com o marco da regulamentação da arbitragem com a edição da Lei nº 9.307/1996. A Lei trouxe três grandes mudanças no cenário arbitral: i) determinou a possibilidade de a arbitragem ser instituída por meio de convenção de arbitragem, o que abarca tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral, ii) concedeu a sentença arbitral o mesmo efeito jurídico da sentença judicial, qual seja o de título executivo judicial e, como uma consequência, iii) extinguiu a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário.

Introduzimos então a arbitragem com a Administração Pública e como os três impedimentos suscitados pela doutrina – quais sejam o princípio da legalidade, a indisponibilidade do interesse público e o princípio da publicidade – foram superados pela evolução dos dispositivos que regulamentam a arbitragem com o Poder Público. Desse modo, não são mais princípios que obstam a arbitrabilidade da Administração Pública, mas são princípios que o legislador incorporou na LBA.

A arbitrabilidade, por sua vez, é a possibilidade de submeter alguma controvérsia ao procedimento arbitral. É dividida em subjetiva e objetiva. A arbitrabilidade subjetiva refere-se à capacidade de uma pessoa de celebrar uma convenção de arbitragem. Em relação à Administração Pública, esta é expressamente autorizada a arbitrar pela LBA e, em complementação, pela Lei do Petróleo. Já a arbitrabilidade objetiva é relacionada à natureza da matéria. Para a Administração, isso significa que o litígio deve se tratar de direito patrimonial e disponível.

Para analisar a arbitrabilidade objetiva no setor de óleo e gás, exploramos a natureza jurídica dos contratos de concessão para exploração e produção de petróleo. Apesar da vasta discussão doutrinária sobre o assunto, adotamos a posição de Joaquim Muniz (2004) de que é um contrato firmado com o objetivo de exploração de atividade econômica por meio de monopólio e não para a prestação de serviço público. Partindo dessa premissa, estabelecemos que é, portanto, um contrato submetido às regras do direito privado e empresarial, mas que não obsta a Administração Pública de ter certas prerrogativas resguardadas.

Por isso, concluímos que, *a priori*, a Administração poderia arbitrar, já que ocupa a qualidade de sujeito de direito privado nessa relação contratual e não estaria dispondo de interesse público. Porém, existem duas outras qualidades do direito que devem ser analisadas: a patrimonialidade e a disponibilidade.

Definimos que a patrimonialidade do direito é um conceito bem estabelecido na doutrina e se refere àquele que pode ser quantificado ou substituído por pecúnia. A disponibilidade do direito, entretanto, é definida por correntes diferentes, quais sejam pela: (i) distinção entre interesse público primário e secundário; (ii) diferença entre os atos de império e atos de gestão; (iii) a transacionalidade; e (iv) necessidade ou não de intervenção do Poder Judiciário. Concluimos que a corrente mais interessante para o estudo da arbitrabilidade das questões relacionadas ao petróleo é o da contratualidade, como proposta por Alexandre Aragão. Nesse sentido, são arbitráveis aqueles direitos que emanam de uma relação contratual.

Analisamos então a inserção da cláusula compromissória em todos os contratos decorrentes de rodadas de licitação promovidas pela ANP até hoje – da rodada zero (1998) a décima-sétima rodada (2021). Concluimos que a convenção arbitral sempre esteve presente por uma iniciativa da própria ANP e que a cláusula sofreu importantes modificações. Fato é que, atualmente, a cláusula corrigiu diversos dos seus erros e é uma previsão cheia e encorpada, fornecendo menos margem para frustrações na instauração do procedimento arbitral.

Dessa forma, a cláusula compromissória prevê que (i) o procedimento será institucional; (ii) as partes podem eleger a instituição arbitral; (iii) podem ser dirimidos pela arbitragem, quais sejam as "demandas relacionadas a direito ou obrigação contratual"; (iv) a divulgação das informações ao público ficará a cargo da instituição arbitral; e (v) foi eleito o foro do Rio de Janeiro.

Abordamos, então, a coexistência da cláusula de foro com o compromisso arbitral pela óptica do princípio *Kompetenz-Kompetenz* e concluimos que o árbitro detém de uma prioridade cronológica para se pronunciar sobre existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória, de forma que é o primeiro a decidir sobre sua própria competência.

Nesse sentido, o princípio competência-competência produz dois efeitos: um negativo e um positivo. O efeito positivo é justamente a função jurisdicional do árbitro e atribui a ele a preferência de que se manifeste sobre sua própria competência. O efeito negativo é o que afasta a intervenção judicial sobre esse aspecto, pelo menos no primeiro plano.

Apesar de estabelecer que: (i) a Administração Pública detém a arbitrabilidade subjetiva; (ii) os contratos de concessão para exploração de petróleo tratam de direitos patrimoniais disponíveis, conseqüentemente; (iii) podem ser arbitrados; e que (iv) a

preferência para definir sobre sua própria competência é do árbitro, a ANP tem utilizados de artifícios de medidas antiarbitrais para obstar o prosseguimento e a instauração de procedimentos arbitrais.

Discutimos a (i)legalidade dessas medidas, pois tratam elas de judicialização prematura de arbitragem, violando frontalmente os princípios *Kompetenz-Kompetenz* e da boa-fé objetiva, além de demonstrar comportamento contraditório da Agência.

Por último, em vista dessa problemática, analisamos três casos condutores do tema no STJ: o caso Parque das Baleias, Tupi Cernambi e Baúna e Piracaba. Concluímos que o STJ tem adotado a teoria da contratualidade para decidir sobre a arbitrabilidade objetiva da matéria, entendendo, inclusive, que arbitrar não significa dispor do interesse público. Além disso, solidificou a posição pela primazia da competência do árbitro e que este tenha prioridade para decidir sobre sua própria competência.

Dessa forma, concluímos que o STJ está no caminho certo a unificar suas decisões a favor do procedimento arbitral, mas que ainda é um desafio a uniformização desse entendimento para os tribunais de primeiro e segundo grau, que tem proferido decisões destoantes da jurisprudência criada. Por causa dessas medidas antiarbitrais, o tribunal arbitral caracterizado por ser um método célere, ou pelo menos mais célere que o judicial, é submetido a anos de litígio no poder judiciário para ainda decidir sobre a competência das matérias.

Por isso, é clara a necessidade de se delimitar os critérios que tornam um litígio arbitrável. E a partir dessas definições, espera-se que a Administração Pública contribua para o desenvolvimento da arbitragem como meio de solução de controvérsias para a resolução de conflitos, assim como se propõe.

## BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, João Pedro. **Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1017, jul. 2020.
- ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- ACCIOLY, João Pedro. **O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública**. Revista dos Tribunais, vol. 989, março, 2018.
- ALENCAR, Aristhea Totti Silva Castelo Branco de. **Arbitragem e Administração Pública: a anatomia das cláusulas compromissórias**. In: Publicações da Escola Superior da AGU, TOTTI, Aristhea, UGGERI, Márcia, NUNES, Tatiana Mesquita. Brasília: 2024.
- ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo. **Arbitragem e administração pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (leis. 8.987/1995 e 11.079/2004)**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol 65, abr/jun. 2020.
- ARAGÃO, Alexandre Santos De. **A arbitragem no Direito Administrativo**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos De. **Arbitragem e Regulação**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27, out/dez, 2010.
- BARALDI, Eliana; SANTANA, Giovanna Martins de. **A Arbitragem e a Administração Pública: desafios da transparência**. In: Publicações da Escola Superior da AGU, TOTTI, Aristhea, UGGERI, Márcia, NUNES, Tatiana Mesquita. Brasília: 2024.
- BARROCAS, Manuel Pereira. **Notas sobre arbitragem administrativa no Direito português**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 56, p. 265-276, jan/mar, 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 241, p. 159-175, jul/set, 2005
- BOSCO LEE, João, VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem no Brasil**. 1. ed., Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília: 2001, p. 22.
- BRANCHER, Paulo M.R. **Ilegalidade prima facie como limitador do princípio da competência-competência. Uma análise em relação a matérias de ordem pública**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 53, p. 315-332, abr/jun, 2017.
- BRASIL. (26 de set de 1996). Lei 9.307/96. **Lei Brasileira de Arbitragem**. Acesso em 8 de agosto de 2024, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)
- BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de Outubro de 1988., Brasília, DF, Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 8 de agosto de 2024.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm) > Acesso em 8 de agosto de 2024.

BRASIL. Decreto 737 de 25 de novembro de 1850. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm)> Acesso em 8 de agosto de 2024.

BRASIL. Decreto-lei 1608 de 18 de setembro de 1939. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)> Acesso em 8 de agosto de 2024.

BRASIL. Lei 8.666 de 21 de jun de 1993. **Lei de Licitações e Contratos**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)> Acesso em 8 de agosto de 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de mar de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em 8 de agosto de 2024.

BRASIL. Lei nº 8.987/1995, alterada pela Lei nº 11.196/2005. **Lei de Concessões**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em 8 de agosto de 2024.

BRASIL. Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997. **Lei do Petróleo**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm)>. Acesso em 8 de agosto de 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan de 2002. **Código Civil**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 8 de agosto de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 139.519/RJ entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), instaurado pela Petrobrás, julgado em 10/11/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 139.519/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento: 11/10/2017

CALDEIRA, Cristina Chagas. **Administração Pública no Processo Arbitral: contratação por inexigibilidade de serviços técnicos especializados de assistente técnico**. In: Publicações da Escola Superior da AGU, TOTTI, Aristhea, UGGERI, Márcia, NUNES, Tatiana Mesquita. Brasília: 2024, p. 69-91.

CARDOSO, Paula Butti. **O Mérito do Ato Administrativo e a Arbitragem com a Administração Pública**. In: Publicações da Escola Superior da AGU, TOTTI, Aristhea, UGGERI, Márcia, NUNES, Tatiana Mesquita. Brasília: 2024, p. 205-221.

CARVALHO, Rafael. **Aspectos Controversos Arbitrabilidade Objetiva nos Contratos de Concessão de Petróleo e Gás Natural**. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR, Belo Horizonte, n. 04, p. 233-254, jun/dez, 2020.

COSTA, Larissa Lassance Borba. **Arbitragem de Direito Administrativo: Estudo Comparado entre Brasil e Portugal**. Tese Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2021.

CRUZ, Elisa Schmidlin Cruz. **Arbitrabilidade Objetiva de Sanções Administrativas em Contratos de PPP e Concessão: um estudo de casos**. In: Publicações da Escola Superior da AGU, TOTTI, Aristhea, UGGERI, Márcia, NUNES, Tatiana Mesquita. Brasília: 2024, p. 125-142.

DIAS, Aline; ASSIS, Mateus. **Arbitrabilidade**. In: Tratado de Arbitragem, VENOSA, Sílvio; GAGLIARDI, Ragaël; TABET, Caio. Indaiatuba: 2024, p. 189-211.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. **Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 274

DIDIER Jr., Freddie. **Curso de direito processual civil**, 17 ed., 2015, I, p. 645.

FARIA, Luzardo. **O cabimento da arbitragem no direito administrativo à luz do princípio da indisponibilidade: o interesse público exige intervenção judicial?** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 65, p. 127-152, abr/jun, 2020.

FIAD, Leonardo. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista De Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 18, p. 177-204, 2006.

FRANZONI, Diego; DAVIDOFF, Fernanda. **Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41, p. 243-264, abr/jun, 2014.

GASPARETTI, Marcos Vanin. **Convenção de arbitragem e litisconsórcio necessário: desvinculação de signatários**. Revista de Processo, v. 341, p. 369-380, jul, 2023.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 21, n. 21, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Fundamentos legitimantes da arbitrabilidade de conflitos derivados de atos de gestão da Administração**. In: Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos, MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (coord.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 251-259.

GUERRA, Luis Roberto Sigaud Cordeiro. **As agências reguladoras e a arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais**. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 6, n. 2, p. 91, 2019

GUERRA, Sergio. **Teoria do Estado Regulador**. Volume IV. Rio de Janeiro: Juruá, 2023, p. 11-33.

HATANAKA, Alex S. **O poder público e a arbitragem após a reforma da Lei nº 9307/1996**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 13, p. 7-35, jan/mar, 2016.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem na Administração Pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo**. Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

LEMES, Selma. **Arbitragem na concessão de serviços públicos - arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 21, p. 387-407, jul/set, 2003.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica.** 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 123-141.

MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. **Arbitragem e Administração Pública.** In: Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos, MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (coord.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 341-369.

MARTINS, Pedro Batista. Lei do Petróleo. **Fragmentos da Arbitragem.** In: Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás, ROSALDO, Marilda (coord.). Rio de Janeiro: 2005, Rio de Janeiro, p. 701-710.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas.** Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 142-171

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo.** Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. **Administração pública consensual e a arbitragem.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol 35, p. 107- 133, out/dez, 2012.

MONTEIRO, André Luís; RODRIGUES, Marco Antônio. **Arbitragem e cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 66, p. 51-94, jul/set, 2020.

MORAES, Luiza Rangel de. **Arbitragem e agências reguladoras.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 2, p. 73-89, maio/agosto, 2004.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; SILVA, João Marçal Rodrigues Martins Da. **Arbitragem com Entes Públicos: questões controvertidas.** In: Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos, MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (coord.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 149-171.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. **Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural.** Revista de Arbitragem e Mediação. v. 2, p. 90-101, 2004.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva; PERETTI, Luis Alberto Salton. **A Cláusula Arbitral nos contratos de concessão do serviço telefônico fixo comutado (STFC).** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 48, p. 93-114, jan/mar, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Arbitragem em Contratos de Infraestrutura celebrados com a Administração Pública: desenvolvimento e energia,** vol. 9, p. 23-44, abr/jun, 2019.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Evolução da arbitrabilidade ojetiva no Brasil e no exterior: tendências e perspectivas.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 45, p. 57-63, abr/jun, 2015.

NUNES, José Emílio A **Arbitrabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e Empresas Estatais.** Revista Brasileira de Arbitragem, vol 1, p. 9-26, 2004.

PEREIRA, Cesar Guimarães A. **Mediação com a Administração Pública na Lei 14.133: solução consensual de litígios nas contratações administrativas.** Revista de Arbitragem e Mediação: Rarb, vol. 78, p. 359-381, jul/set, 2023.

PEREIRA, Cesar Guimarães A. Arbitragem na Lei 13.448 e os contratos com a Administração Pública nos setores de rodovias, ferrovias e aeroportos. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 55, p. 111-133, out/Dez, 2017

PITOMBO, Eleonora Coelho. **Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-kompetenz no Brasil** in S. M. Ferreira Lemes, C. A. Carmona e P. A. B. Martins (coord.), Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam, São Paulo, Atlas, 2007, p. 327.

RANZOLIN, Ricardo; ARDENGHI, Manoela Doná; MOLIN, Anna Luiza Dal; THADEU, Felipe Etchalus. **A arbitragem e administração pública na jurisprudência brasileira.** In: Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos, MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (coord.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 303-339.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei nº 13.129/2015.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49, p. 103-126, abr/jun, 2016.

SACRAMENTO, Júlia Thiebaut; NUNES, Tatiana Mesquita. **Medidas "Anti-Arbitrais" ou Pró-Arbitragem? Um Novo olhar sobre o princípio competência-competência à luz das arbitragens envolvendo entes públicos.** In: Publicações da Escola Superior da AGU, TOTTI, Aristhea, UGGERI, Márcia, NUNES, Tatiana Mesquita. Brasília: 2024, p. 163-186.

SALLA, Ricardo Medina. **Arbitragem e Direito Público.** Revista Brasileira de Arbitragem, v. 6, p. 78-106, 2009.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A Arbitragem no setor do óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, p. 185-211, jul/set, 2016.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública.** Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

SUNFELD, Carlos Ary; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos.** Revista de Direito Administrativo, v. 248, pp. 117-126, 2008.

TÁCITO, Caio. **Arbitragem nos litígios administrativos.** Revista de Direito Administrativo, v. 210, p. 111-115, out./dez. 1997

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/15.** Revista de Processo, vol. 264 p. 83-107, fev. 2017.

TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro.** Revista Brasileira da Advocacia, vol. 9, p. 19-41, abr/jun, 2018.

TIBURCIO, Carmen. **Arbitragem envolvendo a Administração Pública: Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. Histórico e Situação Atual.** In: Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos, MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (coord.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 111-129.

TIBURCIO, Carmen. **Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Estado Atual no Direito Brasileiro.** Direito Público, n. 58, jul-ago, 2014.

TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. **Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015.** Revista de Processo, v. 254, p. 431-462, Abril, 2016.

WACHHOLZ, Roberta Negrão Costa. **As agências reguladoras e a arbitragem: critérios para a escolha de árbitros por agências reguladoras federais.** In: Publicações da Escola Superior da AGU, TOTTI, Aristhea, UGGERI, Márcia, NUNES, Tatiana Mesquita. Brasília: 2024, p. 223-242.

ZYLBERSTAJN, Décio, STAJN, Raquel, **Análise econômica do direito e das organizações.** In Direito § Economia, Décio Zylberstajn e Raquel Stajn (orgs.), Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 8.