

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Curso de Graduação em Direito  
Trabalho de Conclusão do Curso

**Arbitragem no Direito do Petróleo:  
limites e possibilidades em face do marco legal do pré-sal**

*Mauro Ferreira do Sacramento*

*Orientador: Adriano Drummond Caçado Trindade*

Brasília, fevereiro de 2013

Universidade de Brasília (UnB)

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ARBITRAGEM NO DIREITO DO PETRÓLEO:  
LIMITES E POSSIBILIDADES EM FACE DO MARCO  
LEGAL DO PRÉ-SAL

Mauro Ferreira do Sacramento

Orientador: Adriano Drummond Cançado Trindade (Mestre)

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BRASÍLIA – DF

2013

## RESUMO

A arbitragem é o método regulamentado em lei para assegurar a resolução de controvérsias fora do Judiciário, entre pessoas capazes de contratar e sobre direitos patrimoniais disponíveis. Esse método foi expressamente admitido pelo marco legal do pré-sal, o qual se fundamenta na preservação do interesse nacional. Entre as inovações do referido marco legal foram estabelecidos: o regime de partilha da produção, o Fundo Social e a obrigatoriedade de formação de consórcio composto necessariamente por uma empresa pública (PPSA) e uma sociedade de economia mista (Petrobras). Em face disso, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: o marco legal do pré-sal apresenta diferenças em relação à Lei do Petróleo acerca da aplicação da arbitragem? Verificou-se que o marco legal do pré-sal possibilitou a adoção da arbitragem na resolução de controvérsias suscitadas no âmbito do comitê operacional do consórcio e na execução dos acordos de individualização da produção, além das hipóteses já previstas na Lei do Petróleo.

**Palavras-chave:** arbitragem, contrato de concessão, contrato de partilha da produção e pré-sal.

**Sumário:**

<b>1. Introdução.....</b>	<b>5</b>
<b>2. Noções preliminares sobre a arbitragem.....</b>	<b>7</b>
2.1. A arbitragem e os demais meios de resolução de controvérsias.....	7
2.2. Breve histórico da arbitragem no Brasil.....	10
<b>3. A arbitragem no direito administrativo.....</b>	<b>15</b>
3.1. A arbitragem e as atividades públicas.....	16
3.2. A arbitragem e o entendimento do Tribunal de Contas da União.....	18
3.3. A arbitragem e as empresas públicas e sociedades de economia mista.....	23
<b>4. A arbitragem no direito do petróleo.....</b>	<b>28</b>
4.1. A cláusula de arbitragem na Rodada 1 e na Rodada 10.....	30
4.2. A cláusula essencial de arbitragem na Lei da Partilha e do Fundo Social.....	37
4.3. O arbitramento da ANP em acordos de individualização da produção.....	42
<b>5. Conclusão.....</b>	<b>44</b>
<b>Referências.....</b>	<b>45</b>

## ***1. Introdução***

A arbitragem é o método estabelecido por meio da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) para assegurar a resolução de controvérsias fora do Judiciário, entre pessoas capazes de contratar e sobre direitos patrimoniais disponíveis, caracterizado pela autonomia da vontade das partes, pela irrecorribilidade das decisões e pela aptidão para produzir coisa julgada material.

O desenvolvimento da arbitragem em nosso país está relacionado ao esforço pela desjudicialização dos conflitos mediante a adoção de métodos adequados (alternativos em relação ao Judiciário), em resposta ao cenário de “crise da justiça” (dificuldade de acesso, morosidade processual etc). Nesse sentido, o legislador admitiu, por exemplo, a adoção do compromisso de ajustamento de conduta (Lei 7.347/1985), do plano de recuperação extrajudicial (Lei 11.101/2005), e a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa (Lei 11.441/2007), com o objetivo de favorecer a solução amigável dessas questões (AMARAL, 2012).

O direito administrativo brasileiro apresenta uma crescente disseminação dos meios extrajudiciais destinados a dirimir conflitos envolvendo o poder público e os particulares, em resposta, dessa vez, ao também conhecido contexto de “crise do Estado” (hipertrofia, ineficiência etc) (AMARAL, 2012). Nessa linha, a lei administrativa autorizou, por exemplo, a possibilidade de arbitramento das agências em questões do setor regulado e a convenção de arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos (Lei 8.987/1995) e de parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004), com o objetivo de proporcionar celeridade e especialidade técnica às decisões bem como maior segurança jurídica ao concessionário.

No direito do petróleo, a Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo) estabeleceu a possibilidade de adoção da conciliação e do arbitramento na solução de conflitos no âmbito da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), bem como da aplicação de arbitragem internacional relacionada aos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Desse modo, a Lei do Petróleo estabeleceu, por um lado, hipóteses de atuação da própria ANP como agente conciliador e árbitro de questões no setor regulado e, por outro lado, hipóteses de atuação de um terceiro na resolução de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis entre o concessionário e o poder concedente (representado pela ANP na qualidade de parte).

A Lei do Petróleo regulamentou a flexibilização do exercício do monopólio da União federal, introduzida pela Emenda Constitucional 9/1995 (EC 9/95) com vistas à abertura do mercado e à atração de investimentos estrangeiros, em um contexto de escassez da produção doméstica, no qual o Brasil buscava a sua autossuficiência em petróleo (TOLMASQUIM, 2011). Nesse modelo, o Estado passou a contratar com empresas públicas e privadas a realização das atividades de exploração e lavra das jazidas petrolíferas. As empresas desempenham essas atividades por sua conta e risco, e detém a propriedade da produção, enquanto o Estado recebe participações governamentais, como *royalties* e participação especial em caso de alta produtividade/rentabilidade.

A descoberta das enormes jazidas do pré-sal alterou esse contexto em vista das perspectivas de grande crescimento da produção doméstica, no qual o Brasil pode ingressar no rol dos países exportadores de petróleo (LIMA, 2008a). O marco legal do pré-sal foi editado com fundamento na preservação do interesse nacional, com a finalidade de proporcionar ao Estado brasileiro melhor controle sobre a riqueza potencial dessas jazidas e maior participação na renda petrolífera (BRASIL, 2009). Entre as suas inovações foram estabelecidos: o regime de partilha da produção, o Fundo Social e a obrigatoriedade de formação de consórcio composto necessariamente por uma empresa pública (PPSA) e uma sociedade de economia mista (Petrobras).

Nesse sentido, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: o marco legal do pré-sal apresenta diferenças em relação à Lei do Petróleo acerca da aplicação da arbitragem? O objetivo desse estudo consiste em verificar se a aplicação da arbitragem no direito do petróleo corresponde aos desafios subjacentes e aos resultados buscados com a edição do marco legal do pré-sal. Justifica-se o estudo, portanto, em vista das alterações introduzidas por meio do marco legal do pré-sal, bem como da crescente disseminação da arbitragem na legislação administrativa.

Depois desta introdução, o trabalho apresenta um capítulo preliminar destinado a conhecer o método previsto pela Lei de Arbitragem, por meio da sua comparação com os demais meios de resolução de controvérsias, e a oferecer um breve histórico da arbitragem nas constituições brasileiras.

Posteriormente, o terceiro capítulo é dedicado a compreender a aplicação da arbitragem no direito administrativo, considerando os princípios de direito público regentes das atividades

públicas, os requisitos legais necessários à sua aplicação segundo o entendimento do TCU, bem como o regime jurídico-constitucional das empresas estatais e seu envolvimento em processos arbitrais.

Finalmente, o quarto capítulo cuida especificamente do direito do petróleo, considerando as hipóteses de aplicação da arbitragem na Lei do Petróleo e na Lei 12.351/2010 (Lei da Partilha e do Fundo Social), com o objetivo de avaliar as eventuais diferenças nesse aspecto entre os regimes de concessão e de partilha da produção. O quinto capítulo sintetiza as considerações finais do estudo.

## ***2. Noções preliminares sobre a arbitragem***

Este capítulo destina-se a apresentar o método previsto na Lei de Arbitragem, por meio da sua comparação com os demais meios de resolução de controvérsias, bem como a oferecer um breve histórico da arbitragem nas constituições brasileiras, no intuito de introduzir noções preliminares sobre a arbitragem.

### *2.1. A arbitragem e os demais meios de resolução de controvérsias*

Este tópico cuida de conhecer a arbitragem, com o objetivo de identificar as suas características próprias, em distinção aos demais meios de resolução de controvérsias, os quais podem ser classificados em três grupos: autotutela, autocomposição (unilateral ou bilateral) e heterocomposição (arbitral ou estatal) (AMARAL, 2012).

A autotutela é caracterizada pela imposição da vontade de uma das partes sobre a outra, independente da participação de terceiros. Esse método é admitido apenas excepcionalmente pelo ordenamento jurídico, a exemplo da legítima defesa, do exercício regular de direito, do estado de necessidade, do desforço imediato para proteção da posse, do penhor de bagagens por dívida com hospedagem etc (AMARAL, 2012).

A autocomposição é a “possibilidade de as partes, em conjunto ou isoladamente, resolverem ou prevenirem o conflito” (AMARAL, 2012, p. 21). Existem várias formas de autocomposição (unilateral: renúncia e submissão; bilateral: transação, negociação, conciliação e mediação), sendo que todas compartilham da característica da ausência de imposição para solucionar o litígio.

A heterocomposição, na qual se inclui a arbitragem, é o “método de resolução de conflitos em que um terceiro, neutro e imparcial, tem o poder e a incumbência de resolver impositivamente o litígio” (AMARAL, 2012, p. 24). Nesse contexto, por meio da arbitragem “as partes, consensualmente, outorgam poderes a um ou mais particulares para resolver litígio acerca de direitos patrimoniais disponíveis de forma impositiva e sem a intervenção estatal no mérito da disputa” (AMARAL, 2012, p. 25).

O resumo das relações entre os métodos de resolução de controvérsias pode ser apresentado conforme o Quadro 1, a seguir:

Autotutela	Autocomposição	Heterocomposição
Lícita (legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade, desforço imediato para proteção da posse, penhor de bagagens por dívida com hospedagem etc)	Unilateral (renúncia e submissão)	Judicial/ Estatal (processo judicial)
Ilícita (crimes de exercício arbitrário das próprias razões e de abuso de poder)	Bilateral (transação, negociação, conciliação e mediação)	Extrajudicial/ Arbitral (arbitragem)

Quadro 1: Métodos de resolução de controvérsias. Elaboração própria, com fundamento em AMARAL (2012).

Segundo CARMONA (2009, p. 31), “diz-se que a arbitragem é meio alternativo de solução de controvérsias tomando-se como referência o processo estatal – meio heterocompositivo por certo mais empregado para dirimir conflitos”, a terminologia mais moderna seria, portanto, “meios adequados” de solução de controvérsias.

O principal requisito legal, entre aqueles que diferenciam a verdadeira arbitragem dos procedimentos administrativos e dos processos judiciais, diz respeito à autonomia da vontade das partes, prevista nos arts. 1º e 2º da Lei de Arbitragem. Nesse sentido, a preferência pela via arbitral deve ser livremente pactuada pelas partes, bem como a escolha do árbitro (ou árbitros), do procedimento arbitral, da lei aplicável (desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública), da possibilidade do julgamento por equidade, e da restrição da publicidade (confidencialidade) (AMARAL, 2012).



A adoção da via arbitral é pactuada mediante convenção de arbitragem (art. 3º da Lei de Arbitragem), da qual são espécies a cláusula compromissória, firmada previamente com a finalidade de submeter à arbitragem eventuais litígios suscitados na execução contratual (art. 4º da Lei de Arbitragem), e o compromisso arbitral, ajustado posteriormente ao surgimento do litígio (art. 9º da Lei de Arbitragem).

Uma vez pactuada a convenção de arbitragem, com fundamento no princípio *pacta sunt servanda*, as partes devem submeter o objeto do litígio ao juízo arbitral, salvo recontratação. O juízo estatal somente pode ser acionado justamente com a finalidade de fazer cumprir a convenção de arbitragem e obrigar a instituição do juízo arbitral (VIANNA, 1998). Essa sistemática não ofende a garantia constitucional da tutela jurisdicional, uma vez que somente podem ser objeto de arbitragem questões referentes à direitos patrimoniais disponíveis das pessoas capazes de contratar, se e quando assim elas livremente o decidirem, com fundamento na autonomia da vontade, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que será analisada posteriormente.

A irrecorribilidade da sentença arbitral, prevista no art. 18 da Lei de Arbitragem, fundamenta-se na confiança das partes no árbitro. Nesse sentido, pode-se considerar que “é da essência da arbitragem que as partes possam escolher os árbitros e que nestes confiem” (VIANNA, 1998, p. 123).

Segundo AMARAL (2012, p. 196), “a decisão arbitral, de regra, somente é passível de ser controlada por meio de ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença (se ajuizada ação de execução com base em sentença arbitral condenatória)”. Essas exceções foram previstas nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

A aptidão para produzir coisa julgada material (desnecessidade de homologação judicial), de acordo com os arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem, decorre da manifestação da autonomia da vontade das partes capazes de contratar em excluir da apreciação do Judiciário a resolução de controvérsias sobre seus direitos patrimoniais disponíveis.

Entre os meios adequados de solução de controvérsias fora do Judiciário, quando envolvidos órgãos e entidades públicas federais, existem também os procedimentos administrativos estabelecidos no âmbito das agências reguladoras e da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, da Advocacia-Geral da União (CCAF/AGU), que não se

confundem com o método instituído pela Lei da Arbitragem, uma vez que não são voluntariamente eleitos pelas partes, apresentam possibilidades de recursos e resultam em decisões administrativas. Esses meios podem ser considerados mistos, pois mesclam as características da autocomposição e da heterocomposição, na medida em que, primeiramente, buscam uma solução consensual e, posteriormente, caso essa não seja alcançada, podem terminar com uma solução imposta pelo órgão administrativo.

Da análise realizada neste tópico, conclui-se que a arbitragem consiste em método regulamentado em lei para a resolução de controvérsias acerca de direitos patrimoniais disponíveis das pessoas capazes de contratar, sujeito ao controle judicial de conformidade, sob provocação, e que apresenta características próprias e destacadas em relação aos demais meios de resolução de controvérsias, como autonomia da vontade das partes, irrecorribilidade das decisões e aptidão para produzir coisa julgada material.

## *2.2. Breve histórico da arbitragem no Brasil*

Este tópico cuida de oferecer um breve histórico da arbitragem nas constituições brasileiras, com o objetivo de compreender o seu tratamento constitucional na atualidade.

Segundo SANTOS (2001, p. 19), “não se pode dizer que as Constituições nacionais tenham ignorado totalmente a arbitragem”. Nesse sentido, as constituições de 1824, de 1934 e de 1937 cuidaram expressamente da possibilidade de aplicação da arbitragem.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 estabelecia a possibilidade de arbitragem nas searas civil e penal, com a hipótese de irrecorribilidade das decisões, nos seguintes termos: “Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes” (BRASIL, 1824).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 estabelecia competências legislativas em matéria de arbitragem comercial, privativa para a União e supletiva ou complementar para os Estados, nos seguintes termos:

Art 5º - Compete privativamente à União:  
 (...)  
 XIX - legislar sobre:  
 (...)

c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo;

(...)

§ 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras *c* e *i*, *in fine*, e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta (BRASIL, 1934).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (conhecida como Polaca) estabelecia competência legislativa supletiva ou complementar dos Estados em matéria de organizações públicas destinadas à resolução de controvérsias por meio da conciliação e da arbitragem, nos seguintes termos:

Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

(...)

d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral; (BRASIL, 1937).

A partir da promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, no entanto, com a introdução da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, assim prevista no respectivo §4º, do art. 141: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, não se cuidou mais de arbitragem civil ou comercial nas constituições brasileiras. Excetuam-se, nesse aspecto, somente duas disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que serão analisadas posteriormente.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 reafirmou o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, e a constitucionalidade da arbitragem foi objeto de polêmica na doutrina (VIANNA, 1998), segundo a tese de que a instituição do juízo arbitral seria duvidosa desde a promulgação da Constituição de 1946. Mas esse não foi o entendimento adotado pelo STF no julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181, que ficou conhecido como Caso Lage. Nesse julgado, de 1973, discutiu-se a juridicidade da decisão arbitral que condenou a União ao pagamento de indenização pela expropriação de particular. A

instituição da arbitragem para a solução desse litígio encontrava-se autorizada em decreto-lei específico. O STF reconheceu a validade do juízo arbitral em razão do caráter consensual da arbitragem e da autonomia contratual do Estado, bem como ratificou a irrecorribilidade da decisão arbitral, conforme os trechos da respectiva ementa:

AI 52181/GB – GUANABARA  
AGRAVO DE INSTRUMENTO  
Relator: Min. BILAC PINTO

(...) Ementa: INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSAGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. 3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RAZOÁVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964. 4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO (STF, 1973).

Segundo WOLANIUK (2009, p. 61), esse julgado é considerado “caso paradigma no que diz respeito à arbitrabilidade de questões administrativas”, em razão de assegurar a possibilidade de aplicação da arbitragem para a resolução de controvérsias envolvendo o Estado. Não obstante haver sido prolatada sob a vigência de outra Constituição e legislação de regência da arbitragem, essa decisão mantém válidas as suas conclusões em face do ordenamento jurídico vigente, na medida em que as suas premissas (a autonomia contratual do Estado e o caráter consensual da arbitragem) foram, respectivamente, recepcionada pela CRFB e ratificado pela Lei de Arbitragem.

Apesar dessa decisão favorável do STF, a ineficácia da cláusula compromissória e do laudo arbitral, decorrentes das disposições do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973, ainda ofereciam dificuldades à utilização da arbitragem. A cláusula compromissória era considerada mera promessa de instituição do juízo arbitral (obrigação de fazer), a qual não vinculava as partes e, caso descumprida, resolvia-se em perdas e danos (responsabilidade civil). O laudo arbitral dependia de homologação judicial para produzir efeitos,

de modo que eram comprometidas as vantagens de custo, confidencialidade e celeridade da arbitragem. Por isso, tais condições acabavam “contribuindo para que os agentes do comércio (especialmente os agentes do comércio internacional) abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil” (CARMONA, 2012, p. 4-5).

A Lei de Arbitragem retirou esses entraves, por meio da normatização da cláusula compromissória (art. 4º) e dos efeitos da sentença arbitral (arts. 18 e 31).

De acordo com o art. 7º da Lei de Arbitragem, o cumprimento da cláusula compromissória passou a ser objeto de ação judicial com vistas à instituição compulsória do compromisso arbitral. Segundo MUNIZ; ALMEIDA (2002, p. 146), a Lei da Arbitragem “reforçou sobremaneira a eficácia desse tipo de procedimento no Brasil, ao prever a execução específica da cláusula compromissória e ao acabar com a exigência de homologação, pelo Poder Judiciário, de laudo arbitral proferido no Brasil”.

Até a edição da Lei de Arbitragem, a homologação judicial cumpria a função de “controle de conformidade do juízo arbitral com a vontade dos compromitentes” (VIANNA, 1998, p. 143) e era condição de eficácia do laudo arbitral, mas não estava relacionado à garantia de inafastabilidade da jurisdição nem possibilitava o exame do mérito. Na sistemática atual, esse controle de conformidade da sentença arbitral passou a ser acionado somente no exercício do direito de ação da parte interessada, de acordo com os arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, que estabelecem, respectivamente, as hipóteses de nulidade e a própria ação de nulidade. Segundo CARMONA (2012, p. 26), “o legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem”.

Em vista dessas alterações, a constitucionalidade da arbitragem foi, uma vez mais, objeto de polêmica na doutrina, segundo a tese de suposta violação da garantia da inafastabilidade da jurisdição (WOLANIUK, 2009, p. 23). O STF apreciou a constitucionalidade da Lei da Arbitragem, no âmbito do controle difuso e incidental, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7 (Reino da Espanha), no qual se discutiu a eficácia de sentença arbitral estrangeira não homologada no país de origem. Nesse julgado, de 2001, o STF entendeu, novamente, pela inexistência de afronta à garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (inciso XXXV, do art. 5º, da CRFB) e, por

consequente, pela constitucionalidade do disposto nos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem, que tratam, respectivamente da possibilidade de ação judicial para assegurar a instituição compulsória do compromisso arbitral e das alterações pertinentes no Código de Processo Civil (CPC).

Os arts 6º e 7º da Lei de Arbitragem estabelecem que a parte pode requerer ao Judiciário a instituição da arbitragem e que, sendo procedente o pedido, a sentença valerá como compromisso arbitral. Os arts. 41 e 42 da Lei de Arbitragem cuidam de alterações realizadas no CPC a fim de estabelecer as hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito pela existência de convenção de arbitragem (inciso VII, do art. 267, do CPC) e de alegação de preliminar de convenção de arbitragem quando da contestação (inciso IX, do art. 301, do CPC), bem como de atribuir efeito somente devolutivo à apelação interposta contra sentença que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem (inciso VI, do art. 520, do CPC) (WOLANIUK, 2009).

Desse modo, o STF decidiu pela desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral, com fundamento nos arts. 18, 31 e 35 da Lei de Arbitragem. A tese de pretensa violação da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição foi rechaçada por maioria, e a constitucionalidade dos efeitos da sentença arbitral foi reconhecida por unanimidade, conforme os trechos da respectiva ementa:

SE 5206 AgR/ EP – ESPANHA

AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA

Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

(...) Ementa: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A

completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. (...). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. (...). Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31) (STF, 2001).

Essa decisão pela constitucionalidade da Lei da Arbitragem propiciou o desenvolvimento de jurisprudência favorável no STJ, até mesmo quanto à possibilidade de aplicação da arbitragem sobre questões relacionadas a atividades públicas.

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu duas hipóteses expressas de adoção de arbitragem, uma referente ao direito coletivo do trabalho (§§1º e 2º, do art 114), e outra à demarcação de linhas divisórias então litigiosas entre estados e municípios (§2º, do art 12, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) (VIANNA, 1998). Ademais as premissas constitucionais para a adoção da arbitragem (autonomia contratual do Estado e no caráter consensual da arbitragem), consoante o entendimento do STF no Caso Lage, foram recepcionadas pela CRFB.

Da análise realizada neste tópico, conclui-se que a constitucionalidade da arbitragem foi, por duas vezes, uma antes e outra depois da edição da Lei de Arbitragem, questionada e ratificada pelo STF, com fundamento na autonomia contratual do Estado e no caráter consensual da arbitragem.

### ***3. A arbitragem no direito administrativo***

Este capítulo dedica-se a investigar as hipóteses de emprego da arbitragem envolvendo o Estado, com o objetivo de conhecer seus limites e possibilidades, em vista dos princípios de direito público regentes das atividades públicas, dos requisitos legais necessários à sua aplicação segundo o entendimento do TCU, bem como do regime jurídico-constitucional das empresas estatais.

### 3.1. A arbitragem e as atividades públicas

A arbitragem somente pode ser empregada na resolução de controvérsias acerca de direitos patrimoniais disponíveis, por isso cumpre analisar os limites e as possibilidades da sua adoção nas disputas envolvendo atividades públicas, regidas por princípios de direito público.

Essa análise é importante para esclarecer quais as matérias relacionadas à execução dessas atividades podem ser objeto de arbitragem e de que forma o processo arbitral deve ser ajustado em face dos princípios da Administração Pública.

A aplicação da arbitragem deve observar aspectos subjetivos (“quem pode ser parte em uma arbitragem”) e objetivos (“quais as matérias que podem ser resolvidas por arbitragem”) (MUNIZ; ALMEIDA, 2002, p. 149). Tais aspectos podem ser decompostos em três requisitos “um de ordem subjetiva (capacidade para contratar) e dois de ordem objetiva (direitos patrimoniais e disponíveis)” (AMARAL, 2012, p. 53).

No que se refere ao aspecto subjetivo, as pessoas jurídicas de direito público, órgãos e entidades públicas também podem ser parte no processo arbitral, consoante o mencionado *leading case* representado pela decisão do STF no Caso Lage (Agravo de Instrumento nº 52.181), no qual se alegava que as pessoas jurídicas de direito público não poderiam ser parte em processo arbitral em razão de supostas ofensas aos princípios da inafastabilidade do Judiciário e da indisponibilidade do interesse público, as quais foram rechaçadas com fundamento na autonomia contratual do Estado e no caráter consensual da arbitragem, conforme analisado anteriormente.

No que se refere ao aspecto objetivo, os seus dois requisitos (patrimonialidade e disponibilidade) não apresentam uma correlação necessária e devem ser preenchidos cumulativamente para ensejar a possibilidade de aplicação da arbitragem (AMARAL, 2012).

A patrimonialidade diz respeito ao conteúdo econômico dos bens ou direitos, os quais podem ser “suscetíveis de apreciação pecuniária e têm como característica básica a transmissibilidade” (VIANNA, 1998, p. 29-30). Em oposição, os bens ou direitos extrapatrimoniais estão fora do comércio.

A disponibilidade diz respeito, por sua vez, ao poder de disposição dos bens ou direitos, os quais “podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados,



tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto” (CARMONA, 2009, p. 38). Em oposição, os bens ou direitos indisponíveis não podem ser transacionados pelo seu titular.

Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, subjacentes à teoria geral do Estado, bem como os da legalidade e da publicidade, não inviabilizam as possibilidades de aplicação da arbitragem sobre as atividades públicas.

A indisponibilidade do interesse público não se confunde com a disponibilidade dos bens destinados à sua realização. A “Teoria dos Fins” explica que as atividades públicas voltadas à consecução das finalidades primárias do Estado (cujos interesses são indisponíveis) são apoiadas pela realização de atividades meramente instrumentais (mediante a disposição de bens). Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência fazem a distinção entre interesse público primário (superior), que se manifesta por meio de atos de império, e secundário (derivado, ou interesse da Administração), que se manifesta por meio de atos de gestão (negociais) (MUNIZ; ALMEIDA, 2002).

Há indisponibilidade, portanto, somente do interesse público primário (superior), perseguido por meio da prática de atos de império com vistas a finalidades primárias do Estado (fins públicos primários), com fundamento na supremacia do interesse público sobre o particular. Há disponibilidade, por sua vez, do interesse público secundário, ou interesse da Administração, realizado mediante a prática de atos negociais no exercício de atividades meramente acessórias ou instrumentais, em patamar de igualdade entre os contratantes público e particular, cujas controvérsias sobre direitos a elas relacionados podem ser submetidas ao juízo arbitral (MUNIZ; ALMEIDA, 2002).

O interesse público e o interesse da Administração devem ser aliados, como regra, sendo o segundo ancilar ao primeiro. Em verdade, só há o interesse público primário, pois o denominado interesse público secundário consiste, de fato, no interesse particular da pessoa jurídica estatal em si considerada. Desse modo, o interesse da Administração somente pode ser legítimo quando instrumental ao interesse público (MELLO, 2009).

Portanto, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público são compatíveis com a disponibilidade de bens patrimoniais suscetíveis ao processo arbitral.

Os princípios da legalidade e da publicidade, igualmente, não inviabilizam aplicação da arbitragem sobre as atividades públicas, uma vez que a Lei de Arbitragem não exige a

confidencialidade nem a adoção de uma lei aplicável distinta do ordenamento jurídico vigente, mas apenas estabelece a possibilidade de ajuste nesse sentido entre as partes.

Nessa linha, em razão do princípio da legalidade estrita, previsto no art. 37 da CRFB, a convenção de arbitragem firmada pela Administração Pública ou pelos seus delegados não pode prever a possibilidade de seleção da lei aplicável ou de decisão por juízo de equidade, uma vez que as respectivas controvérsias devem ser resolvidas com fundamento no ordenamento jurídico vigente (AMARAL, 2012). A opção pela equidade (decisão justa do ponto de vista axiológico) ou por determinada legislação (lei estrangeira, por exemplo) implicaria afrontar o princípio da legalidade na Administração Pública. Desse modo, as cláusulas compromissórias nos contratos administrativos devem prever expressamente que a lei aplicável será a lei substantiva brasileira, à qual está vinculada a realização das atividades públicas.

De igual modo, em vista do princípio da publicidade, a convenção de arbitragem firmada pela Administração Pública ou pelos seus delegados não pode prever a confidencialidade absoluta do procedimento e da decisão arbitral (MUNIZ; ALMEIDA, 2002). A aplicação da arbitragem sobre as atividades públicas depende, desse modo, da mitigação da confidencialidade arbitral em face do princípio da publicidade da Administração Pública, assegurando-se a transparência e o controle social (CARMONA, 2009).

Da análise realizada neste tópico, conclui-se que a arbitragem pode, desde que seu processo seja ajustado aos princípios da Administração Pública (supremacia, indisponibilidade, legalidade e publicidade), ser aplicada na resolução de controvérsias referentes a direitos patrimoniais disponíveis suscitadas na realização das atividades públicas. Desse modo, não se confundem a indisponibilidade do interesse público perseguido pelo Estado e a disposição dos bens destinados à sua realização por meio das atividades públicas.

### *3.2. A arbitragem e o entendimento do Tribunal de Contas da União*

Na esfera federal, além do controle exercido sobre os contratos administrativos em geral, a execução dos contratos de concessão, especificamente, está submetida ao controle de segunda ordem do Tribunal de Contas da União (TCU), que pode ser compreendido como a “atuação cooperativa e suplementar” do órgão de controle externo ao acompanhamento realizado pelo poder concedente (ZYMLER; ALMEIDA, 2008, p. 237). Esse controle implicou o

desenvolvimento de jurisprudência do TCU sobre a aplicação da arbitragem nos contratos administrativos e nos contratos de concessão.

Segundo CARMONA (2009, p. 49), “o Tribunal de Contas da União tem reiteradamente se manifestado contra a inclusão de cláusulas compromissórias em contratos administrativos”. Entretanto, a jurisprudência do TCU fundamenta-se na necessidade de autorização legal específica para a adoção da arbitragem nos contratos administrativos. Por isso, o TCU admite a arbitragem nos contratos de concessão e de parcerias público-privadas, em razão de previsões expressas nas respectivas leis administrativas.

O entendimento do TCU pela necessidade de autorização legal específica para a adoção da arbitragem nos contratos administrativos foi inaugurado pela Decisão 286/1993 (Plenário), que cuidou de consulta, em tese, formulada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia “quanto à conveniência de ser negociada a adoção de juízo arbitral para solucionar pendências relacionadas com preços estabelecidos nos instrumentos contratuais celebrados entre a CHESF e seus fornecedores de materiais e mão-de-obra”. O Tribunal manifestou-se pela inadmissibilidade da aplicação da arbitragem nos contratos administrativos, “por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos do direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)” (TCU, 1993).

A resposta ao consultante fundamentou-se em razão de afronta ao §2º do art. 55 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), o qual estabelece a cláusula essencial do foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, em vista do entendimento apresentado pelo antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR) no sentido da necessidade de autorização legal para possibilitar a submissão de controvérsias envolvendo órgãos e entidades públicas ao juízo arbitral. Essa decisão pode ser considerada um marco referencial sobre entendimento do TCU acerca do tema da arbitragem em contratos administrativos, com repercussão na jurisprudência do próprio Tribunal e destaque na doutrina (BUCHÉB, 2002).

A doutrina apresenta, entretanto, em vista desse dispositivo da Lei de Licitações, uma interpretação favorável à aplicação da arbitragem, uma vez que o foro da Administração seria competente somente para julgar as controvérsias que não possam ser objeto do juízo arbitral, como aquelas acerca de direitos indisponíveis, bem como para fazer cumprir as decisões do

árbitro (CARMONA, 2009). Assim, não haveria incompatibilidade entre a cláusula de foro e a cláusula compromissória, senão uma repartição de competências (AMARAL, 2012).

Com fundamento nesse precedente, a Decisão 763/1994 (Plenário) concluiu pela ilegalidade da cláusula compromissória no contrato de concessão firmado entre o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e a empresa concessionária vencedora do certame para a exploração da Ponte Rio-Niterói.

Tais decisões são anteriores, porém, à edição da Lei de Arbitragem (1996) e à sua análise pelo STF (2001), bem como à Lei de Concessões (1995) e à Lei do Petróleo (1997).

Com o advento da Lei de Concessões, a Decisão 763/1994 foi objeto de pedido de reexame por parte do DNER e do consórcio vencedor, sob a alegação de que a legislação administrativa passou a admitir a previsão do “modo amigável de solução de divergências contratuais” como cláusula essencial do contrato de concessão. O Tribunal, por meio do Acórdão 188/1995, deu provimento parcial a esse pedido de reexame e, por conseguinte, reformulou aquela decisão para tornar sem efeito a determinação de exclusão da cláusula compromissória.

Desse modo, o Tribunal entendeu que a edição da Lei de Concessões preencheu o requisito de autorização legislativa para a instituição da arbitragem no âmbito das concessões públicas, bem como reconheceu os efeitos retroativos da lei administrativa e, conseqüentemente, a convalidação da cláusula compromissória do contrato de concessão para a exploração da Ponte Rio-Niterói, desde que respeitados o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público. O Tribunal decidiu, portanto, que poderia ser mantida a arbitragem prevista no contrato, mas que nela não poderiam ser incluídas matérias em afronta à legalidade e ao interesse público.

Por isso, segundo AMARAL (2012, p. 63), “o Tribunal de Contas da União firmou entendimento no sentido de não admitir a submissão de litígios de que participe a pessoa de direito público à arbitragem, sem que haja lei expressa autorizando”, consoante o Acórdão 906/2003 (Plenário), o Acórdão 584/2003 (2ª Câmara), o Acórdão 587/2003 (Plenário), o Acórdão 1.271/2005 (Plenário) e o Acórdão 537/2006 (2ª Câmara).

No âmbito do Acórdão 584/2003, o TCU decidiu pela ilegalidade da cláusula compromissória na contratação de energia por parte da Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE) junto a Produtores Independentes de Energia (PIE), uma vez se tratava de direitos coletivos indisponíveis referentes ao fornecimento emergencial de energia elétrica à

época da crise no abastecimento, sendo que a própria CBEE foi criada especificamente para cuidar desse interesse público e a sua lei de criação não previa a adoção da arbitragem. Ademais, o TCU entendeu pela ilegalidade da previsão de confidencialidade nos contratos, em afronta ao princípio da publicidade.

No âmbito do Acórdão 1.271/2005, o TCU decidiu, entretanto, pelo arquivamento do processo e se absteve de determinar a exclusão da cláusula compromissória prevista no edital de licitação de obras na BR-153/RS, conduzida pelo DNIT, em vista de posicionamento do STF acerca da indisponibilidade do interesse público, consoante manifestação do Relator Marcos Bemquerer Costa, nos seguintes termos:

(...) tal entendimento ainda não se encontra consolidado. 7. Primeiro, porque não se configura plena convergência no posicionamento que o próprio E. STF tende a adotar. Nesse sentido, é de colacionar a seguinte manifestação do Ministro Maurício Corrêa, inserta no RE 248869 (*in* Informativo STF nº 319): "8. A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. Daí reconhecer-se ao Estado não só o direito, mas o dever, de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal imediata, revelam, do ponto de vista mediato, questões de ordem pública". (...) (TCU, 2005).

Esse entendimento do STF pode ser aplicado aos contratos de petróleo porque, não obstante a autorização legal da Lei do Petróleo e da Lei da Partilha e do Fundo Social para o emprego da arbitragem, as respectivas cláusulas compromissórias não podem cuidar de toda e qualquer controvérsia suscitada na execução contratual. As questões de interesse público assim consideradas no sistema normativo, como aquelas relacionadas ao direito ambiental, por exemplo, devem ser afastadas do processo arbitral.

Mais recentemente, o Acórdão 157/2012 (Plenário) admitiu a previsão de cláusula compromissória nos editais de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos internacionais de Brasília/DF, de Campinas/SP e de Guarulhos/SP, com fundamento na possibilidade de aplicação da arbitragem sobre eventuais indenizações incidentes na extinção do contrato de concessão, uma vez que dizem respeito a direitos patrimoniais disponíveis.

Sobre a abrangência da cláusula compromissória, ainda, o Acórdão 2.573/2012 (Plenário) entendeu inadmissível a previsão de aplicação indiscriminada de arbitragem como solução para

toda e qualquer controvérsia incidente na execução contratual, conforme constava do contrato de concessão da BR-101/ES/BA. Esse entendimento justifica-se porque o contrato de concessão para a prestação de serviços públicos apresenta cláusulas econômico-financeiras estabelecidas unilateralmente pelo Estado, com fundamento no seu poder regulamentar de fixação e revisão das tarifas, com a finalidade de perseguir interesse público indisponível. Desse modo, o TCU decidiu pela inaplicabilidade da arbitragem em relação às questões econômico-financeiras dos contratos de concessão de serviços públicos, em razão da indisponibilidade do interesse público relacionado ao regime tarifário (modicidade tarifária).

Nesse sentido, por fim, o Acórdão 2.573/2012 (Plenário) afastou expressamente a possibilidade da aplicação de arbitragem para a solução de controvérsias relacionadas às cláusulas econômico-financeiras do contrato de concessão e destacou a competência da ANTT (prevista no inciso VII, do art. 24, da Lei de Criação da ANTT e da ANTAQ) para proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados (TCU, 2012).

A incidência dos princípios de direito público e da indisponibilidade do interesse público devem ser respeitados na execução dos contratos regidos tanto pela Lei de Concessões quanto pela Lei de Licitações. Em vista da jurisprudência do TCU, portanto, a ausência de previsão legal expressa impossibilita a aplicação do juízo arbitral na resolução de controvérsias relativas aos contratos administrativos regidos pela Lei de Licitações. Na hipótese da aprovação de uma lei nesse sentido, portanto, passaria a ser admitida a submissão ao juízo arbitral dos litígios relacionados aos contratos administrativos regidos pela Lei de Licitações. Essa possibilidade poderia ser considerada até mesmo, desde que editada de acordo com a CRFB, uma questão de interesse público, uma vez que seria assim reconhecida pelo sistema normativo (MELLO, 2009).

Da análise realizada neste tópico, conclui-se, por um lado, em vista do Acórdão 188/1995 (Plenário), do Acórdão 157/2012 (Plenário) e do Acórdão 2.573/2012 (Plenário), que a jurisprudência do TCU é favorável à aplicação da arbitragem nos contratos de concessão de serviço público, em razão de previsão expressa da Lei de Concessões, exceto para a resolução de controvérsias envolvendo interesse público indisponível, como as questões econômico-financeiras relacionadas ao regime tarifário, conforme o Acórdão 2.573/2012 (Plenário).

Conclui-se, ainda, por outro lado, em vista da Decisão 286/1993 (Plenário), a qual fundamentou decisões posteriores: Acórdão 906/2003 (Plenário), Acórdão 587/2003 (Plenário),

Acórdão 584/2003 (2ª Câmara) e Acórdão 537/2006 (2ª Câmara), que a jurisprudência do TCU é contrária à aplicação da arbitragem nos contratos administrativos regidos pela Lei de Licitações, em razão da necessidade de autorização legal específica, bem como de afronta aos princípios de direito público e à indisponibilidade do interesse público, em que pese o arrazoado em sentido contrário apresentado no Voto que o Relator submeteu ao Colegiado no julgamento do Acórdão 1.271/2005 (Plenário).

### *3.3. Arbitragem e as empresas públicas e sociedades de economia mista*

As empresas públicas e as sociedades de economia mista (empresas estatais) formam parte da administração indireta e, por isso, vinculam-se aos princípios constitucionais da administração pública. Essas empresas foram criadas com a finalidade de possibilitar a intervenção ou atuação direta do Estado na atividade econômica ou na prestação delegada de serviços públicos, em igualdade de condições com as empresas privadas. Por isso, é importante analisar os limites e as possibilidades do emprego da arbitragem pelas empresas estatais, na medida em que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas e aos princípios de direito público.

A distinção entre as atividades realizadas pelas empresas estatais pode ser compreendida em duas possibilidades: quando o Estado intervém em área de titularidade do setor privado (exploração da atividade econômica) há intervenção estatal na atividade econômica em sentido estrito. Quando o Estado atua em área de titularidade pública (prestação de serviços públicos), há atuação estatal na atividade econômica em sentido amplo (GRAU, 2008).

Conforme já foi analisado, o Estado pode ser parte no processo arbitral, de acordo com o entendimento do STF no julgamento do Caso Lage, em vista do decreto-lei que autorizava a submissão do objeto do litígio ao juízo arbitral (autonomia contratual do Estado e caráter consensual da arbitragem). Além disso, há necessidade de autorização legal específica para a aplicação da Lei de Arbitragem nos contratos administrativos, segundo a jurisprudência do TCU.

Essa autorização legal já existe para a resolução de controvérsias na execução de contratos de direito público, envolvendo tanto particulares quanto órgãos e entidades públicas, notadamente nos contratos de concessão e de permissão da prestação de serviços públicos e de contratos de parceria público-privada, bem como na legislação do direito do petróleo.

Os contratos de concessão de serviço público, nesse contexto, consistem em instrumentos à disposição do Estado para a realização de seus objetivos na ordem econômica, como promover a universalização e a eficiência na prestação de serviços públicos bem como definir o ritmo e as estratégias de exploração da atividade econômica em sentido estrito. O Estado estabelece, por meio do contrato de concessão, as formas e condições segundo as quais determinado serviço público deve ser prestado (cláusulas de serviço), bem como o regime de exploração e produção da atividade econômica, de acordo com os seus objetivos para o setor (MOREIRA NETO, 2003).

O art. 175 da CRFB estabelece que a prestação de serviços públicos pode ser realizada diretamente pelo Estado ou delegada a empresas privadas ou estatais. A atuação das empresas estatais na prestação de serviços públicos dá-se por meio de concessão precedida de licitação na modalidade concorrência, da qual as empresas privadas podem participar em igualdade de condições. A prestação de serviços públicos segue o regime jurídico de serviço público, regido pelos princípios do direito público e pelas normas referentes a serviço adequado, direitos dos usuários e política tarifária estabelecidas na Lei de Concessões. O §1º, do art. 6º, da Lei de Concessões estabelece que o “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (BRASIL, 1995). As empresas concessionárias da prestação de serviço público, sejam privadas ou estatais, portanto, devem seguir as regras e princípios do regime de serviço público, mas a aplicação da arbitragem na resolução de eventuais litígios incidentes na execução contratual é expressamente autorizada pelo art. 23-A da Lei de Concessões, desde que sejam restritas a direitos patrimoniais disponíveis e observem os princípios de direito público.

Já o art. 173 da CRFB estabelece que a intervenção ou atuação direta do Estado na atividade econômica dá-se em razão de imperativo da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Tais atividades são realizadas por meio de empresas estatais exploradoras de atividade econômica, em regime jurídico próprio das empresas privadas, com os mesmos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (inciso II, do §1º, do art. 173, da CRFB), ressalvadas as derrogações parciais decorrentes de norma expressa de direito público (PIETRO, 2009). Desse modo, a possibilidade de aplicação da arbitragem na solução de conflitos suscitados na execução contratual de atividades econômicas em sentido estrito realizadas pelo Estado decorre do próprio regime jurídico-constitucional das empresas estatais (CARMONA, 2009).



A jurisprudência do STJ reconhece a possibilidade de aplicação da arbitragem envolvendo sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, com fundamento no §1º, do art. 173, da CRFB, em vista do entendimento manifestado no julgamento do Recurso Especial 612.439/RS. Nesse julgado, de 2005, discutiu-se especificamente a juridicidade de cláusula compromissória firmada por sociedade de economia mista comercializadora de energia elétrica. O STJ entendeu que a cláusula tratava de direitos patrimoniais disponíveis e, por isso, decidiu pela sua validade e eficácia, determinando a extinção do processo sem julgamento do mérito (inciso VII, do art. 267, do CPC), conforme os trechos da respectiva ementa:

RECURSO ESPECIAL Nº 612.439 – RS (2003/0212460-3)  
 RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
 (...) EMENTA: PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, §1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido (STJ, 2005).

Na medida em que o Relator manifestou-se expressamente pela desnecessidade de autorização legal para a convenção de arbitragem por sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica em razão do seu regime jurídico-constitucional, essa decisão pode ser considerada um marco referencial com vistas a pacificar polêmicas na doutrina sobre a possibilidade de adoção da arbitragem por empresas estatais (CARMONA, 2009).

O STJ reconhece, ainda, que a cláusula compromissória firmada por sociedade de economia mista não pode ser afastada por meio de rescisão unilateral do contrato, em vista do entendimento manifestado no julgamento do Mandado de Segurança 11.308/DF. Nesse julgado, de 2008, discutiu-se a eficácia da cláusula compromissória em face de ato coator do poder executivo que ratificou rescisão unilateral do contrato firmado por sociedade de economia mista

permissionária da exploração de terminal portuário de uso privativo. O STJ entendeu que a cláusula somente poderia ser afastada por meio de repactuação entre as partes, jamais unilateralmente. Ademais, o STJ destacou a aplicabilidade da arbitragem nos litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis do Estado com fundamento na distinção entre o interesse público e o interesse da Administração, reafirmou a possibilidade de arbitragem envolvendo empresas estatais e, ainda, mencionou as vantagens da sua utilização, conforme os trechos da respectiva ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.308 – DF (2005/0212763-0)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

(...) EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. (...) 5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis. 6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *in litteris*: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' (...). Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público." (...) 7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada. 8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". (...). 9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de

arbitragem em sede de contrato administrativo. 12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inoportunidade de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (...). (STJ, 2008).

De acordo com a jurisprudência do STJ, finalmente, a submissão de controvérsias envolvendo as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ao juízo arbitral não depende, nem mesmo, de previsão editalícia ou contratual, uma vez que é possível a autorização *a posteriori*, por meio do compromisso arbitral, quando do surgimento da controvérsia (arts. 3º e 9º da Lei de Arbitragem), em vista do entendimento manifestado no julgamento do Recurso Especial 904.813/PR. Nesse julgado, de 2011, discutiu-se a validade do compromisso arbitral firmado por sociedade de economia mista na ausência de previsão editalícia e de cláusula compromissória. Ademais, o STJ entendeu que existe repartição de competências entre o juízo arbitral (cláusula compromissória) e o juízo estatal (cláusula de foro), sendo o primeiro competente para apreciar o mérito dos litígios acerca de direitos patrimoniais disponíveis e o segundo para fazer cumprir a convenção de arbitragem, executar a sentença arbitral, e conceder medidas de urgência. O STJ mencionou, ainda, o interesse público na celeridade da resolução do litígio, conforme os trechos da respectiva ementa:

RECURSO ESPECIAL Nº 904.813 – PR (2006/0038111-2)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

(...) EMENTA: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

(...) 5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência

pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. 9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando a impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. (...) (STJ, 2011).

A jurisprudência do STJ é favorável, portanto, ao emprego da arbitragem para a solução de controvérsias acerca de direitos patrimoniais disponíveis das empresas estatais, em vista do respectivo regime jurídico-constitucional (inciso II, do § 1º, do art. 173, da CRFB). De acordo com o STJ, ainda, uma vez firmada pela empresa estatal, a cláusula compromissória não poderá ser afastada unilateralmente. Ademais, segundo o STJ, a submissão ao juízo arbitral de controvérsias envolvendo empresas estatais prescinde de previsão editalícia ou contratual, uma vez que é possível a autorização *a posteriori*, por meio do compromisso arbitral, quando do surgimento da controvérsia.

Da análise realizada neste tópico, conclui-se que a convenção de arbitragem para solucionar conflitos acerca de direitos patrimoniais disponíveis das empresas estatais é possível, portanto, seja na exploração de atividades econômicas, com fundamento no regime jurídico-constitucional estabelecido no art. 173 da CRFB, seja na prestação de serviços públicos delegados, com fundamento na autorização legal específica estabelecida no art. 23-A da Lei de Concessões. Essa análise é importante para fundamentar a avaliação sobre a arbitragem no direito do petróleo, uma vez que o marco legal do pré-sal estabeleceu a obrigatoriedade de formação de consórcio composto necessariamente por uma empresa pública (PPSA) e uma sociedade de economia mista (Petrobras) na realização das atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural no regime de partilha da produção.

#### ***4. A arbitragem no direito do petróleo***

Este capítulo cuida de comparar as hipóteses de aplicação da arbitragem na Lei do Petróleo e na Lei da Partilha e do Fundo Social. Primeiramente, foram analisadas as minutas contratuais anexas aos editais da Primeira Rodada (R1) e da Décima Rodada (R10) de Licitações

de Petróleo e Gás realizadas pela ANP, respectivamente, em 1999 e 2008. Posteriormente, foram analisadas a cláusula essencial de arbitragem e as demais possibilidades de emprego da arbitragem previstas no regime de partilha da produção. Além disso, foram analisadas as competências da ANP para a instituição dos acordos de individualização da produção.

No âmbito da indústria do petróleo, as companhias tradicionais, especialmente aquelas frequentemente envolvidas em *joint ventures*, buscam resolver amigavelmente as suas controvérsias, evitando processos arbitrais e judiciais, com o objetivo de favorecer o desenvolvimento de futuras parcerias, tal postura pode ser considerada uma “*club mentality*” desse setor (RIBEIRO, 2003, p. 141). Esse comportamento justifica-se em razão do alto risco exploratório, dos vultosos custos iniciais e do longo prazo de retorno dos investimentos associados às atividades da indústria petrolífera. O setor do petróleo propicia, por isso, diferente de outros setores econômicos, a associação de empresas com vistas a conjugar esforços no sentido de dividir riscos e otimizar investimentos (BUCHEB, 2004).

Ademais, a complexidade técnica dos acordos e contratos existentes na indústria do petróleo, bem como a diversidade dos regimes jurídicos das pessoas envolvidas, favorecem o emprego da arbitragem (BUCHEB, 2002), uma vez que o processo arbitral pode ser considerado um esforço colaborativo das partes e do árbitro em busca de celeridade e de confidencialidade na resolução de controvérsias sobre questões especializadas (VIANNA, 1998).

A indústria mundial do petróleo pode ser caracterizada pelo paradoxo representado no conflito e na conciliação entre a soberania estatal e a cooperação internacional, uma vez que suas atividades são exercidas mediante contratos potencialmente vinculados a mais de um sistema jurídico quando envolvem Estados nacionais e empresas internacionais. Nesse contexto, os fundamentos básicos do Direito Internacional (soberania permanente dos recursos naturais e direito de autodeterminação), justificam a preservação desses recursos estratégicos (independência econômica e segurança nacional), mas também podem ensejar decisões políticas pela nacionalização das empresas estrangeiras atuantes no país (RIBEIRO, 2003). A jurisprudência de laudos arbitrais sobre tais casos originou a *lex petrolea* (especialização da *lex mercatoria*), que pode ser considerada “uma regra costumeira aplicável a indústria” (RIBEIRO, 2003, p. 140), a exemplo da regra de prevalência do direito interno mas com a existência de

cláusula de estabilização (segurança jurídica em face de alterações legislativas supervenientes à execução contratual).

A preferência pela arbitragem nesse setor econômico pode ser justificada, portanto, em razão da segurança jurídica oferecida aos investidores estrangeiros (neutralidade e especialidade dos árbitros) e da celeridade do processo arbitral. A arbitragem é, por isso, um meio de resolução de controvérsias já consagrado pela indústria mundial do petróleo e vem se consolidando no Brasil depois da edição da Lei da Arbitragem e de decisão do STF pela respectiva constitucionalidade (RIBEIRO, 2003). A arbitragem apresenta uma posição destacada na indústria mundial do petróleo, conforme o Quadro 2, a seguir:

Juízo Estatal	Juízo Arbitral
Estados Unidos, Argentina, Equador e Colômbia	Brasil, Reino Unido, Noruega, Holanda, Dinamarca, Venezuela, Bolívia, Peru, Trinidad e Tobago, China, Indonésia, Malásia, Tailândia, Filipinas, Angola, Nigéria, Egito, Rússia, Irã, Omã, Dubai, Catar, Iêmen etc

Quadro 2: Distribuição dos meios de resolução de controvérsias na indústria mundial do petróleo.

Elaboração própria, com fundamento em BUCHEB (2002).

No Brasil, os recursos minerais são considerados bens da União federal (incisos V e IX do art. 20 da CRFB) e as respectivas atividades de pesquisa e lavra são reservadas ao monopólio da União federal, cuja realização pode ser contratada com empresas estatais ou privadas por meio de concessões de exploração de bem público (§1º, do art. 177, da CRFB). Por fim, entre as condições dessa contratação (inciso II, do §1º, do art. 177, da CRFB), tanto a Lei do Petróleo quanto a Lei da Partilha e do Fundo Social estabeleceram a possibilidade de aplicação da arbitragem.

#### 4.1. A cláusula de arbitragem na Rodada 1 e na Rodada 10

A partir da edição da EC 9/95, a disciplina do setor de petróleo e gás natural no Brasil passou a uma fase caracterizada pela reestruturação institucional e pela abertura de mercado, em sucessão a uma primeira fase de fragilidade institucional e pioneirismo exploratório (até 1934),

uma segunda fase de processo de construção institucional (1934-1953) e uma terceira fase de desbravamento de fronteiras exploratórias e consolidação industrial (1953-1995) (TOLMASQUIM, 2011). Nessa sistemática estabelecida pela EC 9/95 e pela Lei do Petróleo, com fundamento na flexibilização do exercício do monopólio da União federal, as empresas estatais e privadas passaram a disputar concessões para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, por meio de sucessivas rodadas de licitação conduzidas pela ANP. Neste tópico serão analisadas as minutas contratuais anexas ao editais da primeira e da décima dessas rodadas de licitações (R1 e R10).

“De fato, o marco regulatório sob a égide da Lei nº 9.478/1997 foi estabelecido em um contexto de escassez de petróleo, com o país perseguindo a autossuficiência” (TOLMASQUIM, 2011, p. 282). Nesse sentido, a Lei do Petróleo estabeleceu hipóteses de solução extrajudicial de controvérsias incidentes na execução desses contratos, entre as quais a arbitragem internacional, com a finalidade de oferecer segurança jurídica aos concessionários e favorecer a atração de investimentos estrangeiros nas atividades de exploração e produção (SEIXAS, 2010), bem como a competitividade no setor de petróleo e gás natural, nos seguintes termos:

Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

(...)

Art. 27. Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção. [Revogado pela Lei 12.351/2010]

Parágrafo único. Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis. [Revogado pela Lei 12.351/2010]

(...)

Art. 43. 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; (BRASIL, 1997).

Os referidos dispositivos da Lei do Petróleo tratam de meios extrajudiciais de resolução de conflitos, mas somente o inciso X do art. 43 cuida do método previsto pela Lei de Arbitragem, uma vez que os demais tratam de procedimentos administrativos de competência da ANP, os quais não podem ser considerados verdadeira arbitragem, porque não há autonomia da vontade

das partes, nem irrecorribilidade das decisões e aptidão para produzir coisa julgada material (AMARAL, 2012).

Os contratos de concessão regidos pela Lei do Petróleo estabelecem, portanto, cláusulas específicas de arbitragem com fundamento no respectivo art. 43, X.

A minuta contratual anexa ao edital da Primeira Rodada de Licitações de Petróleo e Gás (R1), realizada em 1999, apresentou disposições expressas sobre arbitragem nas cláusulas primeira e vigésima-nona bem como no “Anexo VIII – Modelo de Garantia de Performance”.

A Cláusula Primeira cuida das definições legais e contratuais válidas para fins e efeitos do contrato de concessão, cujo parágrafo 1.2.27 estabelece: “Regras da CCI' significa as Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, em vigor”. Essa redação não esclarece se seriam aplicáveis as regras em vigor na data da assinatura do contrato ou na data da instauração da arbitragem, por isso pode ensejar ambiguidade em caso de mudança de regras no âmbito da CCI (BUCHEB, 2002).

A CCI é uma organização internacional com tradição no desenvolvimento das relações comerciais e possui uma comissão especializada no estudo das regras de arbitragem e de outros métodos de resolução de controvérsias, bem como uma corte internacional de arbitragem. A ANP adotou as regras da CCI com a finalidade de atenuar riscos de ingerências sobre o processo arbitral e atender ao princípio da moralidade, mediante a escolha de “tribunais arbitrais de notória imparcialidade e probidade” (MUNIZ; ALMEIDA, 2002, p. 151-152).

A Cláusula Vigésima-Nona cuida do regime jurídico aplicável ao contrato de concessão, o qual estabelece uma preferência pela busca de uma solução amigável entre as partes em caso de controvérsias contratuais, conforme o excerto:

**Cláusula Vigésima-Nona – Regime Jurídico**

**Lei Aplicável**

29.1 Este Contrato será executado, regido e interpretado de acordo com as leis brasileiras, que serão rigorosamente cumpridas pelo Concessionário no exercício dos seus direitos e na execução de suas obrigações aqui previstas.

**Foro**

29.2 Fica eleito o foro da Cidade do Rio de Janeiro para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, conflitos ou pendências surgidos entre as partes em decorrência da execução ou da interpretação deste Contrato, que não possam ser solucionados de forma amigável ou por meio de arbitragem.

**Conciliação**

29.3 As Partes envidarão todos os esforços no sentido de resolver entre si, amigavelmente, toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou



com ele relacionada. Poderão também, desde que firmem acordo unânime por escrito, recorrer a perito internacional, para dele obter um parecer fundamentado que possa levar ao encerramento da disputa ou controvérsia.

29.3.1 Firmado um acordo para a intervenção de perito internacional, nos termos do parágrafo 29.3, o recurso à arbitragem, previsto no parágrafo 29.4, somente poderá ser exercido depois que esse perito tiver emitido seu parecer fundamentado.

**Arbitragem**

29.4 Observado o disposto no parágrafo 29.3.1, se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 29.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com os seguintes princípios

- (a) a arbitragem será realizada de acordo com as Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, ou qualquer outras normas acordadas por todas as Partes envolvidas.
- (b) Serão três os árbitros, escolhidos um por cada Parte (com todos os Concessionários agindo como uma só Parte) e o terceiro, que exercerá as funções de presidente, nomeado de acordo com as Regras da CCI;
- (c) o lugar da arbitragem será a cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil;
- (d) o idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa, sendo que as partes poderão submeter depoimentos ou documentos em inglês (ou qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem), sem necessidade de tradução oficial;
- (e) quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras;
- (f) o laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes, podendo ser executado perante qualquer juízo ou tribunal competente (ANP, 1999).

Nesse sentido, as partes devem inicialmente buscar a conciliação, a qual pode ser alcançada por meio de acordo pela intervenção de um perito internacional encarregado de oferecer um parecer fundamentado para encerrar a disputa, o qual enquanto não for emitido impede a submissão do conflito ao processo arbitral. A conciliação e o parecer do perito internacional não vinculam as partes e não impõem a solução do litígio (SEIXAS, 2010).

O juízo arbitral, porém, pode ser acionado desde logo caso as partes entendam que a solução do impasse não seria possível nem por meio da conciliação nem da convocação do perito *ad hoc*. O juízo estatal, nesse regime jurídico, apresenta competência residual, na medida em que somente pode ser acionado para resolver matérias que não possam ser objeto de conciliação ou arbitragem. Desse modo, segundo a cláusula de foro desses contratos de concessão, o juízo estatal é competente apenas para apreciar litígios acerca de direitos indisponíveis ou impor atos de força a fim de fazer cumprir as sentenças arbitrais.

O procedimento arbitral adotado pela ANP, portanto, segue as Regras da CCI, é realizado em língua portuguesa e na cidade do Rio de Janeiro, e decidido com fundamento na lei substantiva brasileira e sem a possibilidade de solução por equidade (princípio da legalidade), por três árbitros, sendo um escolhido por cada parte e o terceiro de acordo com as regras da CCI. A cláusula compromissória pactuada na R1 limitou, desse modo, a atribuição de elementos estrangeiros na arbitragem internacional prevista pela Lei do Petróleo à adoção das Regras da CCI, à possibilidade de produção de provas testemunhais ou documentais em idioma estrangeiro, por decisão unânime dos árbitros, e à nacionalidade dos árbitros (BUCHEB, 2002).

Uma vez que o lugar da arbitragem foi definido em território nacional, apesar de a Lei do Petróleo prever a possibilidade de arbitragem internacional, o contrato de concessão adotou a arbitragem doméstica, de acordo com o parágrafo único do art. 34 da Lei de Arbitragem: “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional” ((BRASIL, 1996). Ademais, a lei aplicável somente poderia ser a brasileira, por força do art. 9º do Decreto-lei 4.675/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que assim dispõe: “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (BRASIL, 1942) (SEIXAS, 2010).

Não há estipulação na cláusula compromissória, entretanto, quanto à necessidade de distinção entre as nacionalidades de árbitros e partes, à renúncia explícita à imunidade de jurisdição por eventual concessionária representada por empresa estatal estrangeira, bem como à determinação da instituição responsável pela condução do processo arbitral ou à possibilidade de arbitragem *ad hoc* (BUCHEB, 2002). Segundo WEBER (2008), as regras da CCI exigem que o terceiro árbitro não seja da nacionalidade de nenhuma das partes.

Não se estipulou na cláusula compromissória dos contratos da R1, ainda, a responsabilidade pelos custos do processo arbitral. Existe previsão contratual nesse sentido somente em caso de a União federal ser demandada por danos ambientais causados pelo concessionário, uma vez que a cláusula de responsabilidade por danos e prejuízos ao meio ambiente estabelece que “o concessionário deverá indenizar a União e a ANP por toda e qualquer ação, recurso, demanda ou impugnação judiciais, juízo arbitral, auditoria, inspeção, investigação ou controvérsia de qualquer espécie” (BUCHEB, 2002, p. 24).

O regime jurídico aplicável ao contrato de concessão estabelece, ainda, a competência da ANP para decidir, justificadamente e na qualidade de agência reguladora do setor, em caso de risco à segurança operacional, sobre a suspensão das atividades enquanto durar a disputa.

A minuta contratual anexa ao edital da R1 estabeleceu, por fim, a previsão expressa acerca da arbitragem no “Anexo VIII – Modelo de Garantia de Performance”, nos seguintes termos: “10. Qualquer controvérsia relativa à interpretação desta Garantia será resolvida, em termos exclusivos e definitivos, mediante arbitragem realizada consoante as regras da CCI”. Assim, o garantidor da empresa concessionária deve concordar com a vinculação da competência do juízo arbitral para a discussão de dúvidas a respeito da garantia assumida.

A minuta contratual anexa ao edital da Décima Rodada de Licitações de Petróleo e Gás (R10), realizada em 2008, apresentou, por sua vez, disposições expressas sobre arbitragem nas cláusulas primeira e trigésima-primeira. Não houve convenção de arbitragem sobre a garantia de performance.

A Cláusula Primeira, que dispõe sobre as definições legais e contratuais válidas para fins e efeitos do contrato, não apresentou alteração significativa em relação ao seu parágrafo correspondente nas minutas contratuais da R1.

A Cláusula Trigésima-Primeira, que dispõe sobre o regime jurídico dos contratos de concessão da R10, em comparação à sua correlata da R1, apresentou alterações importantes apenas para destacar a precedência da conciliação bem como para definir procedimentos que se apresentavam em aberto, nos seguintes termos:

#### **CLÁUSULA TRIGÉSIMA-PRIMEIRA**

##### **Regime Jurídico**

(...)

##### **Conciliação**

31.2 As Partes envidarão todos os esforços no sentido de resolver entre si, amigavelmente, toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou com ele relacionada. Poderão também, desde que firmem acordo unânime por escrito, recorrer a perito internacional, para dele obter um parecer fundamentado que possa levar ao encerramento da disputa ou controvérsia.

31.3 Firmado um acordo para a intervenção de perito internacional, nos termos do parágrafo \_\_, o recurso à arbitragem, previsto no parágrafo \_\_, somente poderá ser exercido depois que esse perito tiver emitido seu parecer fundamentado.

(...)

##### **Arbitragem “ad hoc”**

31.5 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo \_\_, 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 e em consonância com os seguintes preceitos:

- (a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.
- (b) Serão três os árbitros. Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente.
- (c) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral.
- (d) 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.
- (e) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras.
- (f) A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes.
- (g) Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias, a Parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação brasileira aplicável.

#### **Foro**

31.6 Para os efeitos da Lei nº 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, as Partes elegem o foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja. (ANP, 2008)

Em comparação à cláusula compromissória da R1, não foi alterada a sistemática de submissão de controvérsias à conciliação, ao perito internacional, à arbitragem e ao juízo estatal. A redação da cláusula compromissória da R10 apenas conferiu maior destaque ao parágrafo referente à conciliação, passando a apresentá-lo em precedência à cláusula de foro, a qual, por sua vez, passou a definir expressamente a competência residual do Judiciário para fins da apreciação de direitos indisponíveis e da adoção de medidas acautelatórias.

Houve alterações quanto à regra de definição do terceiro árbitro, o qual passou a ser escolhido pelos dois árbitros indicados pelas partes, e não mais segundo as regras da CCI, bem como quanto à produção de provas testemunhais ou documentais em idioma estrangeiro, a qual passou a não depender de decisão unânime dos árbitros para ser admitida.

Ademais, definiu-se expressamente a adoção do processo arbitral *ad hoc* (ou não institucional), segundo o qual “as próprias partes se comprometem com o provimento das condições necessárias à condução do juízo arbitral” (BUCHER, 2002, p. 25), bem como o lugar de prolação da sentença arbitral (Rio de Janeiro/Brasil), de modo que a arbitragem nesse contrato

pode ser considerada nacional, com fundamento no parágrafo único do art. 34 da Lei de Arbitragem (SEIXAS, 2010).

Da análise realizada neste tópico, portanto, conclui-se que a evolução da cláusula compromissória entre a R1 e a R10 aperfeiçoou e consolidou a arbitragem nos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, bem como que apesar de a Lei do Petróleo prever a possibilidade de arbitragem internacional, o poder concedente determinou contratualmente a arbitragem doméstica.

#### *4.2. A cláusula essencial de arbitragem na Lei da Partilha e do Fundo Social*

A Lei da Partilha e do Fundo Social estabeleceu o regime de partilha da produção em áreas do pré-sal e estratégicas bem como criou o Fundo Social para constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento. Essa lei forma parte do conjunto de normas que compõem o marco legal do pré-sal, adequado à preservação do interesse nacional em função das condições de baixo risco exploratório e de alta produtividade associadas às jazidas do pré-sal. Nesse sentido, o regime de partilha da produção tem como objetivos proporcionar ao Estado uma maior participação na renda petrolífera e um melhor controle da riqueza potencial, uma vez que o Estado mantém a propriedade do petróleo e o poder decisório sobre o ritmo da produção (LIMA, 2011).

As descobertas do pré-sal suscitaram possibilidades de redefinição do papel geopolítico do Brasil na indústria mundial de petróleo, em vista da expectativa de ingresso no rol de países exportadores, bem como a formulação de estratégia de justa distribuição da renda petrolífera entre as gerações presentes e futuras (justiça intergeracional), por meio da criação do Fundo Social, e a redistribuição das participações governamentais entre os entes federativos. Esses aspectos podem configurar o início de uma nova fase na evolução histórica da indústria de petróleo no Brasil (TOLMASQUIM, 2011). Nessa nova fase, passaram a coexistir o regime de partilha da produção e o regime de concessão estabelecido pela Lei do Petróleo.

O marco legal do pré-sal também é composto pela Lei 12.276/2010 (Lei da Cessão Onerosa), pela Lei 12.304/2010 (Lei da PPSA) e pela Medida Provisória 592/2012 (MP dos *Royalties*), além da já citada Lei da Partilha e do Fundo Social.

A Lei da Cessão Onerosa, com a finalidade de fortalecer a Petrobras, autorizou a União federal a ceder diretamente à referida empresa estatal o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos em áreas ainda não concedidas do pré-sal, até o limite de cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo. A Lei da PPSA autorizou o Executivo a criar a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A (PPSA), empresa pública destinada a cuidar da gestão dos contratos de partilha da produção e de comercialização do petróleo da União federal. A MP dos *Royalties* determinou a redistribuição entre os entes federativos das participações governamentais decorrentes da exploração de petróleo e gás natural, cujas receitas serão destinadas, exclusivamente, para a educação, bem como disciplinou a aplicação de cinquenta por cento do total do resultado auferido pelo Fundo Social obrigatoriamente em programas e projetos direcionados ao desenvolvimento da educação.

Em seguida ao advento do marco legal do pré-sal, o Plano Plurianual 2012-2015, aprovado pela Lei 12.593/12, estabeleceu a meta de “realizar duas rodadas de licitação em área do pré-sal na modalidade partilha”, no âmbito do seu “Anexo I – Programas Temáticos”, em cumprimento ao respectivo “Objetivo 61: ofertar áreas para exploração e produção de petróleo e gás natural, segundo o planejamento do aproveitamento racional das reservas petrolíferas brasileiras e de forma articulada com a política de conteúdo local”.

A efetivação do regime de partilha da produção, porém, depende da regulamentação de diversos critérios e parâmetros técnicos e econômicos relativos aos respectivos contratos, como o conteúdo local mínimo de bens e serviços necessários para a execução contratual, os critérios para cálculo e apropriação do custo em óleo devido ao contratado em caso de descoberta comercial e o procedimento de individualização da produção, entre outros requisitos legais, cujos conceitos foram apresentados no art. 2º da Lei da Partilha e do Fundo Social.

Cada contrato de partilha da produção deve calibrar esses requisitos legais em função das condições de produtividade (quantidade e qualidade do petróleo) e de logística (localização, distância e acesso) associadas ao respectivo bloco. O ajuste desses critérios e parâmetros técnicos e econômicos próprios de cada contrato de partilha da produção determinará, primeiramente, como será recuperado o investimento inicial do contratado (apropriação do custo em óleo – *cost oil*) e, posteriormente, repartidas as respectivas proporções de barris de petróleo (*profit oil*) entre o contratado e a União federal. Tais pontos podem ser propiciar controvérsias entre os

contratantes, em função da complexidade técnica e do interesse econômico associados a cada um deles.

O art. 19 da Lei da Partilha e do Fundo Social estabeleceu a obrigatoriedade da formação de consórcio composto necessariamente por uma empresa pública (PPSA) e uma sociedade de economia mista (Petrobras). A Petrobras foi definida a operadora única dos contratos de partilha da produção, responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção (inciso VI, do art. 2º, da Lei da Partilha e do Fundo Social). E a PPSA deve desempenhar uma posição dominante no comitê operacional do consórcio, uma vez que indicará a metade de seus representantes, inclusive o seu presidente, quem terá poder de veto e voto de qualidade (parágrafo único do art. 23 c/c art. 25, todos da Lei da Partilha e do Fundo Social).

A potencialidade de conflitos no âmbito do consórcio e do respectivo comitê operacional é de fácil percepção, tendo em vista a composição necessária da Petrobras, sujeita aos incentivos do setor privado em favor da maximização dos lucros econômicos da própria empresa, de um lado, e da PPSA, responsável pela preservação dos interesses da União, de outro lado.

A criação da PPSA foi autorizada com a finalidade de assegurar ao Estado brasileiro uma maior participação na renda petrolífera e um melhor controle da riqueza potencial (art. 21 da Lei da Partilha e do Fundo Social). O exercício da competência legal da PPSA para cuidar da gestão dos contratos de partilha da produção e de comercialização do petróleo da União federal deve implicar necessariamente a realização de auditoria nos custos da Petrobras (operadora exclusiva). O desempenho dessas atribuições deve exigir da PPSA, além do domínio de conhecimentos técnicos especializados, o acesso efetivo às informações da Petrobras. Nesse contexto, as eventuais controvérsias relacionadas ao exercício das competências legais da PPSA não podem ser submetidas ao juízo arbitral, porque essa hipótese não trata de direito patrimonial disponível, senão de interesse público no cumprimento da lei (indisponível). A superação desses impasses pode ser objeto de conciliação e arbitramento no âmbito da CCAF/AGU, a qual foi criada com o objetivo de buscar a composição extrajudicial de conflitos entre órgãos e entidades públicas (MENDONÇA; PRISCO, 2012).

Nesse sentido, o regime de partilha da produção pode propiciar, em vista da diversidade e da complexidade das relações entre os atores envolvidos, bastantes possibilidades de dúvidas e

impasses na execução dos respectivos contratos. “Essa circunstância pode levar a tensões relativas à composição dos diferentes interesses públicos que orbitam em torno do contrato, bem como, mais concretamente, a conflitos (inclusive de competência), entre, por exemplo, PPSA e Petrobras; Petrobras e ANP e PPSA e ANP, dentre outros” (LOUREIRO, 2012, p. 15). O funcionamento do regime de partilha da produção depende, ainda, da efetiva implantação da PPSA, uma vez que a possibilidade de atuação da ANP, em seu lugar, enquanto não for criada tal empresa pública (art. 63 da Lei da Partilha e do Fundo Social) implica grave conflito de competências e foco de controvérsias, na medida em que desempenharia simultaneamente as atribuições de regular o setor e maximizar os interesses da União federal (LIMA, 2009).

O exercício das atividades para as quais foi criada a PPSA não se confunde com as da ANP. Nesse caso, não há conflito de competências, porque as atribuições da PPSA sujeitam-se aos controles regulatórios da ANP. Desse modo, a perseguição da maximização dos lucros da empresa estatal deve observar as regras do setor regulado, a exemplo da formação de estoques para assegurar o suprimento nacional de petróleo e derivados bem como do cumprimento das normas ambientais, ou seja “caberia à primeira a administração do interesse privado da União e, à segunda, a regulação do monopólio do petróleo”. Entretanto, a regulação da ANP sobre a PPSA não abrange as estratégias negociais da empresa estatal, por isso o ente regulador “não fixa nem controla preço de venda; não opina sobre planos de investimento; não interfere com objetivos de longo prazo da empresa” (MENDONÇA; PRISCO, 2012, p. 119).

As eventuais controvérsias sobre direitos comerciais entre a PPSA ou a Petrobras e os demais contratados componentes do consórcio podem ser submetidas a processo arbitral ajustado aos princípios da administração pública (especialmente da legalidade e da publicidade). De igual modo, podem ser assim resolvidos conflitos semelhantes entre o consórcio e os seus fornecedores de bens ou prestadores de serviços.

Nesse contexto, um dos primeiros imbróglis jurídicos relacionados ao tema da arbitragem no marco legal do pré-sal envolveu a União federal, a ANP e a Petrobras, em relação aos contratos de cessão onerosa, e foi resolvido no âmbito da CCAF/AGU.

No caso dos contratos da cessão onerosa, o preço do barril de petróleo equivalente foi objeto de controvérsia entre a ANP e a Petrobras, cujas avaliações para a área de Franco, “aquela que apresenta o maior volume recuperável de petróleo” foram, respectivamente, de US\$



7,43/barril e de US\$ 9,52/barril (SOUSA, 2011, p. 5). Em vista disso, discutiu-se a hipótese de aplicação de arbitragem internacional para decidir dúvidas suscitadas na interpretação ou na execução do contrato de cessão onerosa. O Parecer AGU/AG 12/2010 concluiu pela ilegalidade da aplicação de arbitragem internacional em relação ao contrato de cessão onerosa e pela competência da CCAF/AGU para dirimir controvérsias jurídicas, com a possibilidade da constituição de peritos *ad hoc* caso sejam necessários conhecimentos técnicos especializados, conforme a respectiva ementa:

PARECER Nº AGU/AG 12/2010.

INTERESSADO: CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

ASSUNTO: Arbitragem Internacional nos Contratos de Cessão Onerosa de Petróleo nas Camadas de Pré-Sal

EMENTA: Direito do Petróleo (*Lex Petrolea*) e arbitragem. A arbitragem é instituto que se encontra em processo de plena incorporação no modelo normativo brasileiro. A arbitragem internacional, instituto típico e recorrente nas discussões relativas à exploração de petróleo pode ser aplicada adequadamente no direito brasileiro, no que se refere a questões técnicas, pertinentes à exploração e produção de petróleo, propriamente ditas, entre a União e terceiros, ou entre terceiros, não entre a União, a PETROBRAS e a ANP. Nesta hipótese, pode-se recorrer às Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União. Esta deve conciliar e arbitrar questões jurídicas, valendo-se de especialistas *ad hoc* para opinar em questões técnicas e de conhecimento especializado. A arbitragem internacional, para questões jurídicas específicas de exploração de petróleo, que envolvam a PETROBRAS, não conta com previsão de aplicabilidade, não podendo os contratos fazê-lo também. Assim, ilegal, imprópria e inadequada a submissão da União, da PETROBRAS e da ANP a arbitragem internacional, no contexto presente. O contrato de cessão onerosa vincula controladora (União) e controlada (Petrobras) e não terceiros, pelo que indevido o encaminhamento de divergências a arbitragem internacional. Há instâncias próprias, no seio da própria Administração. Deve-se, utilizar, no caso, as Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União. (AGU, 2010).

Desse modo, depois de negociações entre a União federal e a Petrobras, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) definiu o preço médio de US\$ 8,51/barril de óleo equivalente (SOUSA, 2011).

O entendimento apresentado no Parecer AGU/AG 12/2010 fundamentou-se na falta de previsão expressa na Lei da Cessão Onerosa para autorizar a submissão de controvérsias incidentes nos respectivos contratos ao juízo arbitral. Nesse sentido, tal entendimento vai ao encontro das razões subjacentes à jurisprudência do TCU em relação aos contratos administrativos regidos pela Lei de Licitações, conforme já foi analisado. As empresas estatais exploradoras da atividade econômica, como a Petrobras, no caso, podem submeter litígios acerca

de seus direitos patrimoniais disponíveis (comerciais) ao juízo arbitral em razão do seu regime jurídico-constitucional (próprio das empresas privadas), mas essa prerrogativa não se aplica à União federal e à ANP (regime de direito público), no caso dos contratos de cessão onerosa.

No âmbito do consórcio formado entre a PPSA e a Petrobras, portanto, a arbitragem pode ser aplicada para superar impasses acerca de direitos comerciais entre essas empresas estatais. Ademais, o inciso VIII, do art. 29, da Lei da Partilha e do Fundo Social, estabelece que entre as cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção devem ser estipuladas “as atribuições, a composição, o funcionamento e a forma de tomada de decisões e de solução de controvérsias no âmbito do comitê operacional” (BRASIL, 2010). Assim, a arbitragem também pode ser prevista como método de solução de litígios no âmbito do comitê operacional do consórcio. Entretanto, a via arbitral pode ser precedida pela autocomposição dos respectivos interesses no âmbito da CCAF/AGU, com o auxílio de um perito *ad hoc*, por exemplo.

A aplicação da arbitragem na resolução controvérsias sobre a interpretação ou a execução dos contratos de partilha da produção foi estabelecida no inciso XVIII, do art. 29, da Lei da Partilha e do Fundo Social. Em comparação à Lei do Petróleo, não foi expressamente admitida a hipótese de arbitragem internacional. A redação da Lei da Partilha e do Fundo Social admite a arbitragem, sem vedar a arbitragem internacional ou impor a arbitragem doméstica.

#### *4.3. O arbitramento da ANP em acordos de individualização da produção*

A Lei da Partilha e do Fundo Social afastou do juízo arbitral e confiou à ANP a competência sobre a instituição de acordos de individualização da produção, a exemplo da Lei do Petróleo. A doutrina considera esse tema um dos maiores desafios relacionados à exploração e à produção de petróleo nas áreas do pré-sal (TOLMASQUIM, 2011). A dificuldade de realização desses acordos de individualização da produção e o interesse nacional associado às jazidas do pré-sal atraíram a competência da ANP sobre a resolução de conflitos relacionados à matéria. Em relação ao pré-sal, essa dificuldade é ampliada em função da possibilidade de que as jazidas sejam subjacentes a blocos submetidos a diferentes regimes de exploração e produção (LOUREIRO, 2012).

A Lei do Petróleo não previa “a individualização da produção de campos que se estendam de blocos licitados por áreas não licitadas” (LIMA, 2008c, p. 23), senão dispunha somente sobre

os acordos entre os concessionários em relação aos seus respectivos blocos. Por isso, o art. 27 da Lei do Petróleo, que tratava do assunto, foi revogado pela Lei da Partilha e do Fundo Social, a qual passou a tratar de todas as hipóteses de acordos de individualização da produção, considerando até mesmo as áreas não licitadas, sobre as quais devem ser preservados os interesses da União federal.

No regime de partilha da produção, a solução de conflitos relacionados à individualização da produção dá-se, portanto, por meio de procedimento administrativo conduzido pela ANP, o qual não se confunde com o método previsto pela Lei de Arbitragem, uma vez que não se verificam características essenciais do processo e do juízo arbitral, como a autonomia da vontade, a irrecorribilidade das decisões, a aptidão para produzir coisa julgada material etc. Esse procedimento administrativo encontra-se estabelecido nos arts. 33 a 41 da Lei da Partilha e do Fundo Social, tem início com a comunicação obrigatória do concessionário ou contratado à ANP sobre a necessidade de individualização da produção e pode culminar com a extinção do contratos de concessão ou de partilha da produção, conforme o caso, se as partes não aceitarem a solução imposta pela ANP.

O acordo de individualização da produção deve estipular os mecanismos de solução de controvérsias incidentes na execução do plano de desenvolvimento da área e no cumprimento do próprio acordo (inciso III, do art. 34, da Lei da Partilha e do Fundo Social). Os termos do acordo de individualização da produção, portanto, devem ser definidos por meio de procedimento administrativo conduzido pela ANP, mas os impasses suscitados na sua execução podem ser superados por meio da arbitragem.

Da análise realizada nestes dois últimos tópicos, conclui-se que o marco legal do pré-sal deixou de admitir expressamente a hipótese de arbitragem internacional, mas não a vedou nem impôs a arbitragem doméstica. Conclui-se, ainda, que a arbitragem pode ser admitida na resolução de impasses suscitados no âmbito do comitê operacional do consórcio (art. 29, VIII), bem como na execução dos acordos de individualização da produção (art. 34, III). Ademais, a Lei da Partilha e do Fundo Social revogou o art. 27 da Lei do Petróleo e atribuiu à ANP a condução de procedimentos administrativos para assegurar a instituição de acordos de individualização da produção envolvendo áreas não licitadas, preservando os interesses da União federal.

## **5. Conclusão**

Este trabalho teve seu escopo delimitado pelo seguinte problema de pesquisa: o marco legal do pré-sal apresenta diferenças em relação à Lei do Petróleo acerca da aplicação da arbitragem? O objetivo deste trabalho foi verificar se a aplicação da arbitragem no direito do petróleo corresponde aos desafios subjacentes e aos resultados buscados com a edição do marco legal do pré-sal. E a sua justificativa deveu-se às alterações introduzidas por meio do marco legal do pré-sal, bem como da crescente disseminação da arbitragem na legislação administrativa.

Preliminarmente, verificou-se que a arbitragem pode ser adotada na resolução de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis suscitadas na realização de atividades públicas, envolvendo órgãos e entidades públicas e particulares, desde que o respectivo processo seja ajustado aos princípios da Administração Pública, a exemplo da legalidade e da publicidade. Nesse sentido, a indisponibilidade do interesse público perseguido pelo Estado não se confunde com a disposição dos bens destinados à sua realização por meio das atividades públicas.

A submissão desses conflitos ao juízo arbitral, entretanto, segundo o entendimento do TCU, depende de autorização legal específica. A lei administrativa autoriza expressamente a adoção da arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parcerias público-privadas, por exemplo, bem como nos contratos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, e de partilha da produção.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, embora estejam vinculadas à administração indireta e aos princípios constitucionais da Administração Pública, foram criadas para desenvolver a atuação direta do Estado na economia e, por isso, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Essas empresas estatais podem, portanto, em igualdade de condições com as empresas privadas, adotar a arbitragem para dirimir litígios sobre direitos comerciais, com fundamento no respectivo regime jurídico-constitucional.

A convenção de arbitragem pelas empresas estatais, ademais, segundo a jurisprudência do STJ, prescinde de previsão editalícia ou contratual e, depois de firmada, não pode ser afastada unilateralmente pela Administração Pública.

A arbitragem foi admitida pelo marco legal do pré-sal como método de resolução de controvérsias suscitadas na execução dos contratos de partilha da produção. A edição do referido marco legal decorreu das perspectivas de baixo risco exploratório e alta produtividade associadas

às descobertas das enormes jazidas do pré-sal. Em vista disso, foram introduzidas inovações a fim de assegurar ao Estado brasileiro melhor controle sobre a riqueza potencial dessas jazidas e maior participação na renda petrolífera, a exemplo do regime de partilha da produção, do Fundo Social e da obrigatoriedade de formação de consórcio composto necessariamente por uma empresa pública (PPSA) e uma sociedade de economia mista (Petrobras).

A Lei do Petróleo, por sua vez, foi editada no contexto de escassez da produção e regulamentou a flexibilização do exercício do monopólio da União federal com vistas à abertura do mercado. Essa lei admitiu a possibilidade de arbitragem internacional, mas o poder concedente determinou contratualmente a arbitragem doméstica.

Conclui-se que a edição do marco legal do pré-sal não implicou alterações relevantes acerca da aplicação da arbitragem no direito do petróleo. Desse modo, a consolidação e o aperfeiçoamento da adoção da arbitragem doméstica, verificada nos contratos de concessão regidos pela Lei do Petróleo, deve ter seguimento nos contratos de partilha da produção regidos pelo marco legal do pré-sal.

Conclui-se, ainda, que o marco legal do pré-sal regulamentou os procedimentos para instituição de acordos de individualização da produção envolvendo áreas não licitadas, preservando os interesses da União federal, por meio de decisão da ANP. Verificou-se, também, que o marco legal do pré-sal possibilitou a adoção da arbitragem na resolução de controvérsias suscitadas no âmbito do comitê operacional do consórcio responsável pelo contrato de partilha da produção, bem como na execução dos acordos de individualização da produção.

Considera-se, finalmente, que a conjugação da arbitragem e dos demais métodos adequados de solução de conflitos fora do Judiciário pode desempenhar, portanto, um importante papel com vistas a assegurar os resultados esperados com a edição do marco legal do pré-sal.

### *Referências*

AMARAL, P. O. **Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (minuta anexa ao**

edital da Primeira Rodada de Licitações). Brasília, ANP: 1999. Disponível em: <<http://www.brasil-rounds.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (minuta anexa ao edital da Décima Rodada de Licitações)**. Brasília, ANP: 2008. Disponível em: <<http://www.brasil-rounds.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Advocacia-Geral da União. **Parecer AGU/AG 12/2010: Arbitragem Internacional nos Contratos de Cessão Onerosa de Petróleo nas Camadas de Pré-Sal**. Brasília: AGU, 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-lei 4.675, de 4 de setembro de 1942. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. CRFB. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei de Licitações. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei de Concessões. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei de Arbitragem. Lei 9.307, de 23 de dezembro de 1996. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei do Petróleo. Lei 9.478, de 8 de agosto de 1997. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei de Criação da ANTT e da ANTAQ. Lei 10.233, de 5 de junho de 2001. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos do Pré-sal. Exposição de Motivos Interministerial 38, de 31 de agosto de 2009-MME/MF/MDIC/MP/CCIVIL (Projeto de Lei 5.938/2009). **Lex:** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei da Partilha e do Fundo Social. Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010. **Lex:** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto da CCAF/AGU. Decreto 7.392, de 13 de dezembro de 2010. **Lex:** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. PPA 2012-2015. Lei 12.593, de 18 de janeiro de 2012. **Lex:** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2012.

BUCHÉB, J. A. **A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **A arbitragem na indústria do petróleo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 355, jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009.

FILHO, M. J. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

LEE, J. B. **A arbitragem no Brasil**. Brasília: Confederações das Associações Comerciais do Brasil, 2002.

LIMA, H. **Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual**. Rio de Janeiro: Synergia, 2008a.

LIMA, P. C. R. **Pré-sal, o novo marco legal e a capitalização da Petrobras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

\_\_\_\_\_. **Um novo marco legal para pesquisa e lavra das jazidas brasileiras de petróleo e gás natural**. Brasília: Câmara dos Deputados/ Consultoria Legislativa, 2008b.

\_\_\_\_\_. **Os desafios, os impactos e a gestão da exploração do pré-sal**. Brasília: Câmara dos Deputados/ Consultoria Legislativa, 2008c.

\_\_\_\_\_. **Modelo institucional do setor petrolífero nacional e possíveis alterações.** Brasília: Câmara dos Deputados/ Consultoria Legislativa, 2009.

LOUREIRO, L. G. K. **Apontamentos à Lei nº 12.351/10 (Lei do Contrato de Partilha de Produção de Petróleo) – Um primeiro contato.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://biblioteca.universia.net>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

MARTINS, D. C. **A regulação da indústria do petróleo segundo o modelo constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDONÇA, J. V. S.; PRISCO, A. V. **PPSA, a estatal endógena do pré-sal – cinco controvérsias e um quadro geral.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set. 2012. p. 99-123.

MOREIRA NETO, D. F. **Direito Regulatório.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUNIZ, J. P.; ALMEIDA, D. G. Os limites da arbitragem nos contratos relacionados à exploração e produção de petróleo e gás natural. In: PIRES, P. V. (Org.) **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 145-159.

NIGRI, J. A. **Poder de compra da Petrobras: impactos econômicos nos seus fornecedores.** Brasília: IPEA: Petrobras, 2010.

PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2009.

RIBEIRO, M. R. S. **Direito do Petróleo: as *joint ventures* na indústria do petróleo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, P. T. **Arbitragem e poder judiciário: mudança cultural.** São Paulo: Ltr, 2001.

SEIXAS, L. F. M. **Análise das cláusulas de arbitragem nos contratos de concessão da 10ª Rodada de Licitações da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.** Revista Direito E-nergia, Natal, ano 2, n. 2, jan./jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ccsa.ufrn.br>>. Acesso em 15 fev. 2013.

SOUSA, F. J. R. **A cessão onerosa de áreas do pré-sal e a capitalização da Petrobras.** Brasília: Câmara dos Deputados/ Consultoria Legislativa, 2011.

TOLMASQUIM, M. T. **Marcos regulatórios da indústria mundial do petróleo.** Rio de Janeiro: Synergia/ EPE, 2011.



Tribunal de Contas da União. **Decisão 286/1993-Plenário**. Brasília: TCU, 1993. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decisão 763/1994-Plenário**. Brasília: TCU, 1994. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 188/1995-Plenário**. Brasília: TCU, 1995. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 584/2003-2ª Câmara**. Brasília: TCU, 2003a. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 587/2003-Plenário**. Brasília: TCU, 2003b. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 906/2003-Plenário**. Brasília: TCU, 2003c. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 1.271/2005-Plenário**. Brasília: TCU, 2005. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 537/2006-2ª Câmara**. Brasília: TCU, 2006. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 157/2012-Plenário**. Brasília: TCU, 2012a. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Acórdão 2.573/2012-Plenário**. Brasília: TCU, 2012b. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 52.181 – GB. Brasília: STF, 1973. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206 – EP. Brasília: STF, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 612.439 – RS (2003/0212460-3). Brasília: STJ, 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Mandado de Segurança 11.308 – DF (2005/0212763-0). Brasília: STJ, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial 904.813 – PR (2006/0038111-2). Brasília: STJ, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

VIANNA, D. **Lei de arbitragem: comentários à Lei nº 9.307/96**. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

WALD, A.; BORJA, A. G. **Decisões dos tribunais revelam posição pró-arbitragem**. Revista Consultor Jurídico, 21 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

WEBER, A. C. **Imparcialidade dos árbitros: um exame à luz de precedentes judiciais**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

WOLANIUK, S. L. H. **Arbitragem, administração pública e parcerias público-privadas: uma análise sob a perspectiva do direito administrativo econômico**. 2009. 100f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

ZYMLER, B.; ALMEIDA, G. H. R. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.