



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO**

**DESAFIOS DA ARBITRAGEM COMO TÉCNICA  
DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS  
CONTRATOS DE PETRÓLEO**

**ALEXANDRE LEME FRANCO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS - CCS**

**DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO**

Curso de Especialização em Políticas Públicas e Gestão Governamental nos Setores  
Energético e Mineral

Brasília, maio de 2019.



**ALEXANDRE LEME FRANCO**

**DESAFIOS DA ARBITRAGEM COMO TÉCNICA DE  
SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS DE  
PETRÓLEO**

**Trabalho de Conclusão de Curso**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Políticas Públicas e Gestão Governamental nos Setores Energético e Mineral, apresentada ao programa de pós-graduação lato sensu em Administração da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental nos Setores Energético e Mineral

Orientador: Clarice Ferraz

Brasília, maio de 2019.

## **Agradecimentos**

Agradeço à minha família que, mesmo distante, faz parte de meus pensamentos e preces diárias.

À minha noiva, que oferece, não apenas seu amor, mas também a parceria e cumplicidade necessária para a construção de uma vida.

Aos colegas de turma, que compartilharam comigo preciosas lições.

À Clarice Ferraz, minha orientadora, pelo auxílio e confiança na elaboração desse trabalho.

## **Resumo**

Franco, Alexandre Leme. Ferraz, Clarice. Sobrenome. Desafios da arbitragem como técnica de solução de conflitos nos contratos de petróleo. Rio de Janeiro, 2019. 51 p. Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de Especialização em Políticas Públicas e Gestão Governamental nos Setores Energético e Mineral – Departamento de Administração. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho tem por objetivo o estudo sobre os desafios e os limites para a adoção da arbitragem como técnica de solução de conflitos nos contratos de petróleo. Para isso, são apresentados os regimes jurídicos de exploração do petróleo no ordenamento brasileiro atual e, em seguida, esses são analisados a partir do respeito ao princípio da legalidade e a efetiva possibilidade de aplicação da arbitragem como técnica de solução de conflitos nos regimes de concessão, de partilha de produção e de cessão onerosa. A partir do paradigma orientado pelo princípio da legalidade, abordam-se os desafios identificados para a aplicação da arbitragem nesses contratos, em especial o princípio da indisponibilidade do interesse público; o princípio da publicidade; a pluralidade de agentes e regimes; e a possibilidade de conflito de interesses. Ao final, apresenta-se uma crítica sobre a oportunidade que o princípio da eficiência administrativa oferece à última palavra do Poder Judiciário, concluindo-se pela possibilidade e coerência da utilização da arbitragem nesses casos, como instrumento de implementação dos princípios gerenciais da Administração Pública.

Palavras- chave: Arbitragem. Contratos de Exploração de Petróleo. Concessão. Partilha de Produção. Cessão Onerosa. Princípio da legalidade. Princípio da indisponibilidade do interesse público. Princípio da publicidade. Pluralidade de agentes e regimes. Conflito de interesses. Princípio da eficiência. Última palavra do Poder Judiciário. Administração Pública gerencial.

## **Abstract**

Franco, Alexandre Leme. Ferraz, Clarice. Sobrenome. Desafios da arbitragem como técnica de solução de conflitos nos contratos de petróleo. Rio de Janeiro, 2019. 51 p. Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de Especialização em Políticas Públicas e Gestão Governamental nos Setores Energético e Mineral – Departamento de Administração. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The present work has as objective the study on the challenges and the limits for the adoption of the arbitration as technique of conflicts resolution in the petroleum contracts. For this, the legal regimes of oil exploration in the current Brazilian system are presented and then analyzed from the respect to the principle of legality and the effective possibility of applying the arbitration as a technique of conflicts resolution in the concession regimes, production sharing and onerous assignment. From the paradigm guided by the principle of legality, the identified challenges for the application of arbitration in these contracts are addressed, in particular the principle of the unavailability of the public interest; the principle of publicity; the plurality of agents and regimes; and the possibility of a interest conflict. At the end, a criticism is presented about the opportunity that the principle of administrative efficiency offers to the Judiciary last word, being concluded by the possibility and coherence of the arbitration use in these cases, as instrument of implementation of the management principles of the Public Administration.

Key-words: Arbitration. Petroleum Exploration Contracts. Concession. Production Sharing. Onerous Assignment. Principle of legality. Principle of the unavailability of the public interest. Principle of advertising. Plurality of agents and regimes. Conflict of interests. Principle of efficiency. Last word of the Judiciary. Managerial Public Administration.

# Sumário

<b>1. Introdução.....</b>	<b>7</b>
<b>2. Metodologia.....</b>	<b>9</b>
<b>3. Regimes jurídicos de exploração do petróleo.....</b>	<b>11</b>
<b>4. Princípio da Legalidade: Possibilidade de aplicação da arbitragem como técnica de solução de conflitos nos contratos de petróleo.....</b>	<b>18</b>
<b>5. Dos desafios de aplicação da arbitragem.....</b>	<b>27</b>
5.1. Princípio da indisponibilidade do interesse público.....	27
5.2. Princípio da Publicidade.....	28
5.3. Pluralidade de agentes e regimes.....	31
5.4. Conflito de interesses.....	35
<b>6. Princípio da eficiência administrativa e a alternativa à última palavra do Poder Judiciário.....</b>	<b>40</b>
<b>7. Conclusão.....</b>	<b>44</b>
<b>8. Bibliografia.....</b>	<b>48</b>

## 1 Introdução

Os contratos para a exploração da atividade petrolífera, no Brasil, deverão ser celebrados entre partes privadas e o Estado, que manifesta consentimento prévio na qualidade de Poder Concedente.

Como medida de garantir maior eficácia e eficiência na utilização dos instrumentos de formulação de políticas energéticas, a interpretação econômica do direito demonstra que a utilização da arbitragem, como método de solução de conflitos existentes no curso da execução dos contratos públicos de petróleo é opção legalmente qualificada em detrimento da saturada e morosa busca pelo Judiciário<sup>1</sup>.

A possibilidade de aplicação da arbitragem na execução desses contratos atrai a necessidade de se compatibilizar os preceitos impostos pelas normas de Direito Público e as características inerentes a esse método alternativo de solução de conflitos.

O ordenamento jurídico nacional apresenta os regimes de concessão, o regime de partilha de produção e o regime de cessão onerosa para a exploração de petróleo. Dentre os desafios para a aplicação da arbitragem por cada uma das modalidades de regimes de exploração do óleo da União Federal, é necessário, em um primeiro momento, o desenvolvimento de considerações a respeito do princípio da legalidade como diretriz constitucional para a atuação Estatal.

Uma vez fixadas as bases com que o tema é tratado na legislação de regência, são apresentadas considerações acerca do princípio da indisponibilidade do interesse público; do princípio da publicidade; da pluralidade de agentes e regimes; e da possibilidade de conflito de interesses.

A superação e evolução a partir do conceito ortodoxo e tradicional de interesse público resulta em conceito que admite a necessidade de uma Administração Pública consensual e dialógica, para além da classificação binária entre interesse público primário e interesse público secundário. A

---

<sup>1</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os Limites da Arbitragem nos Contratos de Concessão de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 1, no. 2, maio – agosto de 2004. P. 90.

indisponibilidade do interesse público, portanto, como garantia de atuação impessoal do agente público desenvolve novos contornos no sentido de sua constitucionalização e da garantia dos direitos fundamentais dos administrados.

A partir do raciocínio a respeito dos limites inerentes ao princípio da indisponibilidade do interesse público e sua releitura, é certo que a pluralidade de agentes envolvidos bem como os regimes jurídicos aplicáveis em eventual conflito a ser indicado para a solução por meio de arbitragem em contratos de petróleo influenciará a conclusão a ser alcançada no caso concreto. O mesmo se afirma quanto a matéria de fundo a ensejar o conflito.

Ainda, são considerações pertinentes ao tema as questões acerca de possíveis conflitos de interesses quando da escolha da Câmara Arbitral onde se desenvolverá o processo de solução da contenda, bem como o procedimento de escolha dos árbitros julgadores. Para além da autorização legislativa expressa para a utilização da arbitragem nesses contratos, é necessário esclarecer se os desafios inicialmente identificados ostentam caráter eminentemente ontológicos.

A partir da ampla interação entre os sistemas jurídico e político, sob a luz da teoria dos sistemas de Luhmann<sup>2</sup>, são desenvolvidas considerações sobre a percepção de que o princípio da eficiência administrativa deve permear circunstâncias além daquelas intrinsecamente relacionadas à prestação de um serviço público ou prática de atos administrativos.

Por fim, abordam-se os benefícios supostamente alcançados pela utilização da arbitragem para a solução de controvérsias em relação aos contratos de petróleo não só a partir de conceitos jurídicos, mas também pelo viés dos conceitos da Administração Pública gerencial e da análise econômica do direito.

---

<sup>2</sup> LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). et alli. Il Futuro Della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996.



## 2 Metodologia

A técnica utilizada pela presente pesquisa foi orientada pelos padrões eminentemente jurídicos, com a análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial dos elementos essenciais ao entendimento e evolução dos desafios a serem enfrentados para a aplicação da arbitragem nos contratos de petróleo. Nesse ponto, inclusive com o estudo de casos práticos já observados no âmbito da Administração Pública e, eventualmente já apreciados pela Advocacia-Geral da União.

O método utilizado quanto aos fins é de natureza descritiva, explicativa e qualitativa, na medida em que busca definir previamente os conceitos elementares da arbitragem e apontar sua aplicabilidade aos diferentes regimes de exploração do petróleo no ordenamento jurídico brasileiro.

Sob a luz do princípio da legalidade, busca-se analisar a possibilidade de aplicação do método da arbitragem nos contratos existentes entre particulares e o Poder Público no âmbito dessa indústria. Em seguida, são enfrentados de forma analítica os desafios para a aplicação legítima dessa alternativa a solução de disputas como instrumento para o alcance da eficiência administrativa.

Quanto aos meios, a pesquisa se utiliza do estudo documental e bibliográfico, já que os dados necessários são obtidos a partir da revisão bibliográfica, da análise e estudo da legislação de regência, da compilação de lições doutrinárias pertinentes e da subsunção do tema pesquisado aos precedentes já proferidos por Tribunais Superiores. Ademais, a pesquisa documental também tem como fonte de dados os estudos e pareceres já elaborados no âmbito da Administração Pública, a respeito do tema.

O trabalho tem por objetivo demonstrar os aspectos teórico-jurídicos relevantes a respeito do tema, de modo contextualizado com manifestações já proferidas pelos Tribunais Superiores, Tribunal de Contas da União e pela Advocacia-Geral da União, com a possibilidade de alcance e de absorção dos

benefícios de praticidade, celeridade e alto grau de especialização oferecidos pela técnica da arbitragem.

Sendo assim, será exposta a evolução jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em contextualização com casos concretos já experimentados pelos setores industriais integrantes da política nacional de energia.

É possível reconhecer como limitação potencial da presente pesquisa a dificuldade de delimitar, em termos objetivos, as vantagens econômicas experimentadas pela Administração Pública no uso da arbitragem em detrimento da utilização do Poder Judiciário. Ademais, a pesquisa pode sofrer interferências de alterações legislativas posteriores que alterem a base normativa sob a qual nos debruçamos.

### 3 Regimes jurídicos de exploração do petróleo

Quando se pretende conhecer as normas, o regime jurídico e o sistema nacional de exploração do petróleo e gás natural, no Brasil, deve-se partir, como primeira morada do raciocínio, do texto expresso da Constituição Federal, especificadamente em seus artigos 20, IX; 176 e 177, que esclarecem questões relacionadas ao domínio sobre esses recursos naturais, sobre a sua forma de exploração e a quem compete o exercício da atividade econômica.

Quando trata dos bens de propriedade (domínio) da União, o artigo 20 da Constituição Federal inclui no rol de bens públicos os recursos minerais, inclusive os do subsolo. E, por sua vez, o artigo 176 determina que<sup>3</sup>:

*Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.*

Como é possível observar, os dispositivos mencionados complementam-se, na medida em que corroboram o domínio da União sobre os recursos minerais, inclusive os do subsolo, apenas garantindo-se ao concessionário a propriedade do produto que venha a ser resultado da atividade de lavra. Isso significa que, enquanto não explotado o bem mineral de onde quer que se encontre – atividade que exige consentimento estatal legítimo e prévio -, o domínio aplicável a ele será imputado à União Federal.

No sentido de tratar individualmente da atividade de exploração do petróleo e gás natural, a Constituição Federal descreve os termos do artigo 177<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. 239, 411-438, Jan-Mar 2005, p. 425.

<sup>4</sup> Art. 177. *Constituem monopólio da União:*

*I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;*

*II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;*

*III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;*

*IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;*

*V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção,*

Quando do emblemático julgamento das ADI's 3.273 e 3.366, de relatoria do nobre Ministro Eros Grau, ocorrido em 16 de março de 2005, foi desenvolvido por esse expoente a distinção conceitual entre o regime de monopólio das atividades econômicas e o regime de exclusividade que guarda estreita relação com o conceito de propriedade e domínio de bens. No sentido de facilitar o breve esboço que aqui desenvolvemos, colaciona-se a ementa da decisão a que nos referimos:

*O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões "monopólio da propriedade" ou "monopólio do bem". (...) A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União (art. 177) e os bens que são de sua exclusiva propriedade (art. 20). A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica (enquanto atividade empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CF/1988). A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. A propriedade do produto da lavra das jazidas*

---

*comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.*

*§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.*

*§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:*

*I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;*

*II - as condições de contratação;*

*III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;*

*§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.*

*§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:*

*I - a alíquota da contribuição poderá ser:*

*a) diferenciada por produto ou uso;*

*b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;*

*II - os recursos arrecadados serão destinados:*

*a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;*

*b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;*

*c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.*

*minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. Embora o art. 20, IX, da CF/1988 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. A EC 9/1995 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. Os preceitos veiculados pelos § 1º e § 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de "concessionárias". Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil.*  
*[ADI 3.273 e ADI 3.366, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, j. 16-3-2005, P, DJ de 2-3-2007.]*

Com efeito, na trilha das lições de Eros Grau, o regime constitucional de exclusividade, em regra, quer se referir ao conceito de propriedade ou domínio, que são sempre exclusivos do ponto de vista subjetivo entre o sujeito que detém a propriedade e o bem jurídico. Por sua vez, o regime de monopólio, constitucionalmente fixado para as atividades de pesquisa, lavra, refino, importação e exportação, e o transporte marítimo ou por meio de conduto do petróleo, no Brasil, quer fazer referência ao próprio exercício da atividade, que, como bem observa o nobre Ministro do Supremo Tribunal Federal já aposentado, não exige que o agente econômico seja o proprietário do bem empregado no processo produtivo. É por essa razão que, ainda no âmbito daquele julgamento paradigmático, salientou-se a possibilidade prevista pelo parágrafo 1º, do artigo 177, da Constituição Federal, de a União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

Atualmente, é possível reconhecer, em regra, três principais regimes jurídicos de exploração do petróleo em nosso país, quais sejam: o regime de concessão; o regime de partilha de produção; e o regime de cessão onerosa.

Tendo em vista o monopólio da União na atividade econômica de exploração do petróleo brasileiro, e a autorização constitucional para contratar empresas estatais ou privadas para a realização das atividades inerentes a essa atribuição, promulgou-se a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. No contexto dessa legislação encontra-se o regime geral de concessão para o aproveitamento racional das fontes de energia e exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural<sup>5</sup>.

Os moldes básicos desse regime geral são fixados pelos artigos 4º; 5º; 21 e 23, da legislação mencionada<sup>6</sup>.

O regime de partilha de produção<sup>7</sup>, por sua vez, veio a se consolidar com a promulgação da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, e teve por objetivo

---

<sup>5</sup> BARBOSA, Alfredo Ruy. *A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural*. P. 6-10. In: VALOIS, Paulo. *Temas de Direito do Petróleo e do Gás II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 1-28, p.15.

<sup>6</sup> Art. 4º *Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades:*

*I - a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;*

*II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro;*

*III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;*

*IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural.*

*Art. 5º As atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.*

*(...)*

*Art. 21. Todos os direitos de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, pertencem à União, cabendo sua administração à ANP, ressalvadas as competências de outros órgãos e entidades expressamente estabelecidas em lei.*

*(...)*

*Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica.*

*§ 2º A ANP poderá outorgar diretamente ao titular de direito de lavra ou de autorização de pesquisa de depósito de carvão mineral concessão para o aproveitamento do gás metano que ocorra associado a esse depósito, dispensada a licitação prevista no **caput** deste artigo.*

primordial a criação de regime jurídico específico para a regulamentação da atividade econômica de exploração do petróleo e gás natural em áreas do Pré-sal e áreas consideradas estratégicas:

*Art. 2º. Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:*

*IV – área do pré-sal: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo da Lei 12.351/10, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico;*

*V - região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos.*

Esse regime, nos termos da legislação de regência, deve ser entendido como:

*Art. 2º Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:*

*I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato;*

Outros aspectos relevantes também guardam pertinência quando do esforço diferenciador entre o regime geral de concessão e o regime de partilha de produção, como por exemplo, a sua aplicação exclusiva em áreas do Pré-sal e áreas consideradas estratégicas; a possibilidade do direito de preferência contratual em favor da Petrobrás para operar os blocos licitados; a possibilidade de licitação dispensada para contratação direta com a Petrobrás; a licitação na modalidade leilão para os demais casos; a gestão dos contratos a ser exercida pela Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA; o prazo máximo de vigência do contrato limitado a 35 anos; entre outros elementos de distinção e de tratamento especial, dado o amplo interesse público envolvido.

Já o regime jurídico de cessão onerosa vem previsto pelos dispositivos da Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010, que autoriza a União a ceder onerosamente

---

<sup>7</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 163.

à Petróleo Brasileiro S.A. – PETRÓBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177, da Constituição Federal. Vejamos o que descreve seu artigo 1º:

*Art. 1º Fica a União autorizada a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, dispensada a licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal.*

*§ 1º A Petrobras terá a titularidade do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos produzidos nos termos do contrato que formalizar a cessão definida no caput.*

*§ 2º A cessão de que trata o caput deverá produzir efeitos até que a Petrobras extraia o número de barris equivalentes de petróleo definido em respectivo contrato de cessão, não podendo tal número exceder a 5.000.000.000 (cinco bilhões) de barris equivalentes de petróleo.*

*§ 3º O pagamento devido pela Petrobras pela cessão de que trata o caput deverá ser efetivado prioritariamente em títulos da dívida pública mobiliária federal, precificados a valor de mercado, ressalvada a parcela de que trata o § 4o.*

*§ 4º (VETADO).*

*§ 5º As condições para pagamento em títulos da dívida pública mobiliária federal serão fixadas em ato do Ministro de Estado da Fazenda.*

*§ 6º A cessão de que trata o caput é intransferível.*

Como é possível observar da leitura do artigo que inaugura os preceitos da Lei nº 12.276/10, a cessão onerosa é espécie de contrato *sui generis*, em que figuram como partes contratantes a União (como proprietária do bem mineral) e a Petrobrás, e que o objeto do negócio jurídico se refere ao exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, em áreas não concedidas localizadas no Pré-sal. Nesse caso específico, será dispensada a licitação.

Aos moldes do que preceitua o artigo 7º do mesmo diploma normativo, caberá à ANP regular e fiscalizar as atividades a serem realizadas pela Petrobrás com base na lei de cessão onerosa, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

Valendo-se do mandamento constitucional que autoriza a contratação de empresas estatais ou privadas para a realização das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a Lei nº 12.276, de 30 de



junho de 2010, regulamentou o contrato de cessão onerosa em favor da Petrobrás, para áreas não concedidas localizadas no Pré-Sal.

No âmbito da execução contratual de cada um dos regimes sucintamente descritos poderão surgir impasses e conflitos passíveis de solução por meio da arbitragem, em detrimento do ordinário socorro ao Judiciário, sendo certo que as características inerentes a cada um dos regimes, às pessoas jurídicas envolvidas e ao próprio objeto de conflito serão relevantes para o enfrentamento dos desafios a serem superados para a plena aplicabilidade de uma solução arbitral.

#### 4 Princípio da Legalidade: Possibilidade de aplicação da arbitragem como técnica de solução de conflitos nos contratos de petróleo

O princípio elementar da autonomia da vontade oferece bases ao desenvolvimento e consolidação da técnica da arbitragem, de modo que o alcance de ponto comum em face de eventual conflito emergente de relação jurídica contratual, inclusive com a possibilidade de escolha da lei aplicável e do julgador, entre tantos outros aspectos, possa vir a ocorrer de maneira mais célere e especializada – no que se refere ao conhecimento técnico a respeito do assunto em litígio.

Especialmente em razão de sua praticidade e celeridade, a arbitragem tem sido utilizada de forma ampla pela indústria do petróleo internacional para a solução de conflitos que venham a surgir em contratos que, rotineiramente, ostentam valores econômicos relevantes e projetos de investimento de longo prazo.

Nesse sentido discorre DA COSTA<sup>8</sup>:

*Na prática, ele (esse instituto) permite que exista uma vida transnacional e que as relações e situações jurídicas entre os privados não parem de crescer num ambiente minimamente saudável. O instituto faz com que eventuais litígios, nessa esfera, se resolvam em apelo à racionalidade, e não ao uso da força (de fato ou econômica). (...) a utilização da racionalidade não afasta, ainda assim, a evidência de que a arbitragem é, hoje, um instituto permanente e dotado de uma eminente “racionalidade prática”.*

Na medida em que a arbitragem se apresenta como um instrumento de resolução de controvérsias alternativo ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal -, com a possibilidade de diversas vantagens sobre aquele, é importante traçar bases bem delimitadas a respeito dos limites e condições de utilização de uma Câmara de

---

<sup>8</sup> DA COSTA, Rui Miguel Pereira Matos. Arbitragem, acesso à justiça e democracia no espaço transnacional. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, pp. 37-38.

Arbitragem ou Tribunal Arbitral nos contratos (em seus diferentes regimes jurídicos) de petróleo no ordenamento jurídico brasileiro.

Especialmente quantos aos regimes de concessão e de partilha de produção, o artigo 43, X, da Lei nº 9.478/97 e o artigo 29, XVIII, da Lei nº 12.351/10, descrevem normas semelhantes no sentido de que são cláusulas essenciais ao contrato, as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem, de modo que os conflitos eventualmente existentes entre o ente público e o agente privado poderão ser estrategicamente solucionados por árbitros que considerem não só os termos contratuais e legais da matéria de fundo, mas também os reflexos e a *constante evolução dos aspectos políticos e econômicos relacionados com a formulação de políticas energéticas*<sup>9</sup>.

Por sua vez, o regime de cessão onerosa ostenta característica peculiar em relação aos demais, tendo em vista que ambas as partes envolvidas nessa espécie contratual são classificadas como Administração Pública (Direta e Indireta). Por essa razão, nos termos do quanto exaustivamente esclarecido pelo Parecer AGU/AG-12/2010, os conflitos poderiam ser objeto de arbitragem, assim como nos demais regimes de exploração de petróleo, porém, a solução do conflito não deveria ser objeto de arbitragem internacional e, no entendimento daquele parecerista, dever-se-ia conferir prioridade à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 11, da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001<sup>10</sup>.

Aos moldes do quanto descrito quando do breve esboço a respeito dos regimes jurídicos aplicáveis à exploração e produção de petróleo, no Brasil, a exploração de óleo por meio do regime da cessão onerosa dará ensejo a negócio jurídico firmado entre União Federal e Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, por

---

<sup>9</sup> SOUZA JR., Lauro Gama. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado) Revista Brasileira de Arbitragem. no 8. out-dez 2005, p. 24.

<sup>10</sup> Art. 11. *Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União.*  
*Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.*

meio de licitação dispensada, para o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, em áreas não concedidas localizadas no Pré-sal.

Dado o amplo caráter estratégico da região, o regime de cessão onerosa, salvo melhor juízo, deve se traduzir como forma de intervenção direta do Estado na economia, por meio de sociedade de economia mista necessária aos imperativos da segurança nacional e ao relevante interesse coletivo. Os litígios que eventualmente venham a surgir no âmbito desse negócio jurídico híbrido porém, de natureza preponderantemente pública, ainda assim, poderão ser solucionados pelo consenso de um Tribunal Arbitral.

É certo, portanto, que a despeito de a Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010 não fazer referência às regras de solução de controvérsias em seu texto normativo expresso – a exemplo das Leis nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010 e nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 -, o dispositivo contido na Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, oferece fundamento de legalidade estrita para o entendimento exposto. Eventuais divergências foram sumariamente encerradas com o advento da Lei nº 13.129/15, que alterou a Lei de Arbitragem e que passou a prever em seu artigo 1º, §1º, que a *administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*.

Importante consignar, porém, que em recente opinativo oriundo da própria Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União, os termos e efeitos do Parecer AGU/AG-12/2010 foram superados para consignar que: a CCAF não deve praticar arbitragem com base na Lei nº 9.307/96; que a AGU tem competência para dirimir controvérsia estritamente jurídica (e não conflitos sociológicos) entre órgãos e entes da Administração Pública Federal; e que a submissão das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Federal, nos termos do Decreto-Lei nº 200/67, ao *processo de arbitramento* realizado pela AGU deve ser prévia e expressamente autorizada por essas.

Em esforço hermenêutico diferenciador, o Parecer 1/2019/CCAF/CGU/AGU deixa claro que a Câmara de Arbitragem da Advocacia-Geral da União não exerce arbitragem nos moldes propostos pela Lei nº 9.307/96, mas sim *processo de arbitramento*, que ostenta características próprias em detrimento daquele método de jurisdição privada.

Destaca-se trecho emblemático daquele estudo:

(...)

18. Assim, ultrapassada a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem, hoje considerada, indubitavelmente, como jurisdição, percebe-se que admitir natureza jurídica de arbitragem a um processo administrativo tramitado no âmbito da AGU, órgão público do Poder Executivo, cuja decisão/parecer prolatado pelo "árbitro" não teria efeitos jurídicos antes de declarada a sua validade pelo Advogado-Geral da União, suscita várias questões de difícil elucidação diante da nossa ordem constitucional vigente.

19. A uma, porque a necessidade de submeter a decisão arbitral/parecer ao Advogado-Geral da União para que se constitua em título executivo fere a lei de arbitragem que preconiza a suficiência da decisão arbitral. Manifestação acerca de validade de um ato tem natureza de homologação e as sentenças arbitrais não podem depender de homologação sob pena de desnaturarem o instituto.

20. A duas porque a legitimidade de um agente/órgão integrante do Poder Executivo exercer competência própria do Poder Judiciário merece uma análise mais acurada. Não se trata aqui de exercício de jurisdição privada expressamente regulamentada pela Lei 9.307/1996 e reconhecida pelo Código de Processo Civil, nas ações que versem sobre direito patrimonial disponível. Nesse caso específico, pretende-se criar de uma Câmara Federal, sediada na AGU, de natureza pública, portanto, exercendo função arbitral. O que temos é um projeto de criar uma jurisdição pública não exercida pelo Poder Judiciário e sim pelo Poder Executivo. Aproxima-se tal modelo, não da arbitragem prevista na Lei 9.307/1996, mas sim, da dualidade de jurisdição existente em alguns países, que autorizam esse modelo, a exemplo da França, com seus Tribunais Administrativos.

21. A dualidade de jurisdição somente foi adotada no Brasil durante o período colonial. A partir de 1891 foi adotado o modelo Anglo-Saxônico, onde os tribunais judiciários têm plenitude de competência. Desta forma, o exercício de função jurisdicional por um órgão público externo ao Poder Judiciário, nos remete a esse modelo de dualidade de jurisdição, de implantação de uma justiça administrativa, e não de uma jurisdição privada fundamentada na nossa Lei de Arbitragem.

22. Por estas razões, consideramos que a CCAF, malgrado conter no seu título o termo arbitragem, não tem competência para o exercício de jurisdição. A CCAF é o órgão, concebido por excelência e por essência, para atuar na resolução consensual de conflitos, ou seja, para colocar em prática técnicas auto compositivas de pacificação sem intervenção judicial ou jurisdicional. Esse modelo não somente objetiva a "desjudicialização" dos conflitos, mas também visa a pacificação das contendas com maior eficiência. Acreditamos que a autocomposição, na maioria dos casos, é a forma mais eficaz e mais

*abrangente de pacificação do conflito; e às vezes, a depender do conflito, é a única forma de se obter uma solução viável. Por esta razão, consideramos desnecessário atribuir à CCAF uma competência que difere totalmente de sua essência autocompositiva.*  
(...)

Com efeito, partindo-se da concepção de que os termos contidos no Parecer 1/2019/CCAF/CGU/AGU são hipóteses de auto limitação da própria CCAF, quer nos parecer que nos moldes atuais, todos os regimes de exploração de petróleo poderão admitir a solução de conflitos por meio da arbitragem em seus contratos – ressaltados os desafios apontados a seguir, nesse estudo.

Ademais, todos poderão, também, fazer uso do *processo de arbitramento* oferecido pela CCAF e decidido pelo Advogado-Geral da União, resguardadas as suas peculiaridades, especialmente quanto às controvérsias jurídicas.

Nos valendo de estudo orientado por similaridade, em contratos inerentes aos setores de energia e que, naturalmente envolvem entes da Administração Pública, foi possível ilustrar que a evolução do tema nos precedentes do Tribunal de Contas da União não admite, ainda, afirmações contundentes a respeito do posicionamento do órgão de controle externo quanto à possibilidade de aplicação do juízo arbitral em contratos administrativos dada a escassa amostragem de oportunidades em que se debruçou sobre a questão.

A despeito disso, é importante ressaltar que nessas raras ocasiões o entendimento manifestado foi pela inadmissibilidade subjetiva de instalação desse método de superação de conflitos sem que haja autorização legislativa (cf. BLC 9/93, Rel. Min. Homero Santos, TC 8217/93-9). Em caso emblemático (Acórdão nº 584/2003 – da 2ª Câmara do TCU que envolveu contratos de fornecimento de energia emergencial durante a crise energética) consignou-se:

*Representação. Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Pedidos de reexame do Acórdão 584/2003-2ª Câmara, que estabeleceu prazo para a celebração de termos aditivos aos contratos firmados com Produtores Independentes de Energia (PIE), com o fim de deles excluir cláusulas que tratam da confidencialidade e da adoção de arbitragem como meio de solução dos conflitos. Não conhecimento do recurso interposto pela empresa Breitener Energética S.A. em decorrência de desistência formal nos autos. Conhecimento dos demais pedidos de reexame. Grande número de contratos de compra de energia já inteiramente executados e outros em via de extinção. Ausência de amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos*

*contratos administrativos. Jurisprudência pacífica do TCU. Negativa de provimento. Ciência aos interessados.*

(...)

*Esse entendimento coaduna-se com o juízo firmado na Decisão 286/1993-Plenário, proferida por esta Corte de Contas em sede de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia. Naquela oportunidade, o Tribunal manifestou-se no sentido de que "o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de 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).*

Por sua vez, nas oportunidades em que se deparou com o tema, o Poder Judiciário, salvo melhor juízo, trilhou no sentido da plena arbitrabilidade subjetiva independentemente de autorização legislativa específica (por todos, menciona-se REsp nº 612.439-RS – caso “AES URUGUAIANA” e nº 606.345-RS<sup>11</sup>).

Da análise sistemática de todo o ordenamento jurídico brasileiro o Tribunal de Alçada do Estado do Paraná ofereceu excepcional contribuição para o avanço do tema quando, por meio de sua 7ª Câmara Cível, proferiu Acórdão no caso Compagás e concluiu pela plena validade da convenção arbitral firmada entre as partes (Companhia Paranaense de Gás – Compagás e Consórcio Carioca-Passarelli).

Fato é que, a despeito da referência expressa da legislação de regência – em matéria de contratos de petróleo -, ainda subsiste pertinência no apontamento analítico dos fundamentos pelos quais deve ser reconhecida a possibilidade de utilização da arbitragem quando presente a Administração Pública.

Ao contrário da tímida contribuição oferecida pelo Tribunal de Contas da União que, como foi mencionado, nas oportunidades em que apreciou o tema

---

<sup>11</sup> *PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 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 provido. (STJ – Resp: 606345 RS 2003/0205290-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 17/05/2007, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/06/2007 p. 240).*

limitou-se a consignar ser *inadmissível o juízo arbitral por falta de autorização legislativa* (cf. BLC 9/93, Rel. Min. Homero Santos, TC 8217/93-9), é importante ressaltar que o Poder Judiciário, por sua vez, pretende trilhar caminho mais fértil para a questão.

É comum que as principais objeções em face do cabimento ou dos requisitos da arbitragem envolvendo a Administração limitem-se as seguintes: (I) A arbitragem não é compatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público; (II) Por ser confidencial e sigilosa, é incompatível com o princípio da publicidade; (III) O princípio da legalidade exige expressa autorização legal específica; (IV) A pluralidade de agentes e regimes pode ocasionar considerações diversas; (V) A possibilidade de conflito de interesses no âmbito do Tribunal Arbitral competente.

A noção de interesse público vem sendo objeto de intensa revisão pela doutrina administrativista com superação da supremacia e indisponibilidade do interesse público e evolução para a supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais em clara influência da eficácia irradiante da força normativa da constituição – Hesse<sup>12</sup>. Nesse sentido assentou GRAU<sup>13</sup>:

*Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” isso não significa não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.*

*(...)*

*A administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum.”*

O acolhimento da tese culminou na promulgação da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e passou a dispor em seu art. 1º, §1º, que *a administração pública direta e*

<sup>12</sup> HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, p. 20, 2000.



*indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

Por sua vez, quanto ao princípio da publicidade, a mesma reforma legislativa mencionada alhures fixou, no art. 2º, §3º, que *a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.*

Quanto ao princípio da legalidade estrita, este vem sendo paulatinamente absorvido pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo sido observado pelo artigo 11, III, da Lei nº 11.079/04 (Parcerias Público-Privadas); pelo artigo 120, da Lei nº 11.196/05 (alterou a Lei de Concessões); pelo artigo 4º, da Lei nº 10.848/04 (contratos de fornecimento de energia); e, como já restou mencionado, pela própria lei geral de arbitragem, alterada pela Lei nº 13.129/15.

A pluralidade de agentes e de regimes jurídicos quer nos parecer relevante para a delimitação das questões passíveis de arbitragem – elementos disponíveis – e para a delimitação de quais seriam os Tribunais Arbitrais competentes. Corrobora-se, portanto, o entendimento de que os regimes nacionais de exploração e produção de óleo admitem a solução de controvérsias por meio desse tipo de *Alternative Dispute Resolution – ADR* ou mesmo *Mutual Agreement Procedure – MAP*.

Já quanto à possibilidade de existir conflito de interesses no âmbito da Câmara Arbitral escolhida ou mesmo imposta pela interpretação da legislação de regência é questão a ser afastada por meio do uso dos instrumentos consolidados pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em especial a figura do impedimento e da própria escolha dos árbitros pelas partes interessadas.

Nas hipóteses em que a questão controversa seja carreada à apreciação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União, ainda quando não alcançado ponto comum na fase prévia de conciliação e necessidade de decisão por parte do Advogado-Geral da União em verdadeiro *processo de*

*arbitramento*, entendemos pela inexistência de prejuízo ou afronta ao princípio da impessoalidade que resulte em conflito de interesses.

## 5 Dos desafios de aplicação da arbitragem

### 5.1 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

É certo que, mesmo diante da releitura contemporânea<sup>14</sup> a respeito do conceito do princípio da indisponibilidade do interesse público, o fato de que o princípio da legalidade orienta a maior parte da atuação administrativa resulta na conclusão natural de que nem todos os conflitos e divergências poderão ser solucionados mediante arbitragem, por encontrarem-se peremptoriamente delimitados em eventual legislação de regência sem que se admita consenso em sentido diverso.

Normas cogentes poderão afastar a aplicabilidade da arbitragem por não se tratarem de direitos disponíveis, de modo que a inexistência da livre disposição de bens e interesses públicos deverá ensejar a busca pelo Judiciário.

No caso da indústria brasileira do petróleo, os diferentes regimes de exploração poderão ensejar disputas arbitráveis ou não. A depender de se tratarem ou não, de interesses disponíveis.

Sendo indústria marcada por alta carga de incerteza, por altos investimentos e por projetos de longo prazo, a própria conformação legal dos regimes de consentimento estatal para a exploração de óleo admite largo espectro de matérias passíveis de arbitramento, afastando-se eventual indisponibilidade de interesse público. Isso porque o próprio princípio da preservação do interesse nacional é destacado entre os objetivos das políticas nacionais de aproveitamento racional das fontes de energia<sup>15</sup>.

Significa dizer que o desenho normativo orientado pelo legislador andou bem ao mencionar, logo na abertura do texto legal que define as bases elementares

---

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 226. Apud SOUZA JR., Lauro Gama. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). *Revista Brasileira de Arbitragem*, no. 8, out-dez 2005, p. 28.

<sup>15</sup> Art. 1º, I, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

para o setor, que todos os atos estatais praticados no ensejo da Política Energética Nacional deverão ser orientados pela preservação do interesse público – nacional.

Com efeito, dentre os desafios enfrentados quando se pretende atribuir maior celeridade e eficiência a essa matriz energética, é certo que a indisponibilidade do interesse público poderá oferecer obstáculos à aplicação da arbitragem, em detrimento do moroso acesso ao Judiciário.

Em certa medida, esse princípio limitador é complementado pelos princípios da isonomia e da impessoalidade, já que o interesse público classifica-se como indisponível por não pertencer a qualquer indivíduo subjetivamente considerado, de modo que a arbitragem em qualquer dos regimes de exploração de petróleo – concessão, partilha de produção ou cessão onerosa -, somente poderá solucionar casos e interesses juridicamente disponíveis.

A mesma trilha é reforçada com a evolução do conceito de administração pública monológica para os conceitos de administração pública consensual, ou dialógica<sup>16</sup>, para significar situações em que o Poder Público passa a reconhecer que o interesse primordial é o próprio interesse social, aproximando-se do diálogo e do consenso para a tomada de decisões.

A utilização da arbitragem, ou mesmo do processo de arbitramento no âmbito da CCAF, portanto, encontra-se em sintonia com as lições contemporâneas de superação de conflitos e divergências que envolvam a Administração Pública em suas diversas áreas, inclusive em relação aos seus atos pertinentes à indústria de petróleo.

## **5.2 Princípio da Publicidade**

Dentre os princípios que regem a atuação da Administração Pública no alcance do interesse público – primário, segundo a classificação doutrinária

---

<sup>16</sup> MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante n° 3, do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 253, jan./abr. 2010.

ortodoxa -, em especial aqueles que guardam relação direta com a matéria veiculada nesse estudo, podemos mencionar: o princípio da publicidade - art. 37, caput, da Constituição Federal -; o princípio da publicação; e o princípio da transparência que, a despeito de guardarem intrínseca solução de complementaridade, não se confundem em seus termos conceituais.

O princípio constitucional da publicidade, expressamente previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, tem como objetivo primordial informar os interessados sobre a prática de determinado ato estatal, dentre os quais, se inserem os atos administrativos, dando-lhes transparência e possibilitando o efetivo controle social da Administração Pública.

Nessa exata linha de raciocínio, ensinam Mendes e Branco<sup>17</sup> que:

*O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático, e pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinado no art. 37, caput, e artigos seguintes da CF/88).*

O que pretendeu o legislador constituinte foi assegurar que os atos da Administração Pública tivessem a mais ampla divulgação possível entre os administrados, pois constitui fundamento deste princípio facultar-lhes a possibilidade de efetuar o controle da legitimidade da conduta dos agentes estatais. Para materializar este objetivo, apenas com a transparência dessa conduta é que poderão as pessoas apreciar a legalidade ou não dos atos e o respectivo grau de eficiência.

Dentre as características inerentes à arbitragem amplamente destacadas como vantagens do procedimento arbitral em detrimento de outras formas de solução de conflitos, em especial o acesso ao Judiciário, está a possibilidade de confidencialidade.

---

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 862/863.

A alteração da Lei de Arbitragem por meio da Lei nº 13.129, de 2015, já mencionada quando em referência à possibilidade de a administração pública direta e indireta utilizar-se da arbitragem também pretendeu ventilar questão que até então era objeto de extrema controvérsia, qual seja, a compatibilidade entre a confidencialidade da arbitragem e o princípio da publicidade.

Não ostentando natureza ontológica ou mesmo essencial à própria existência do instituto da arbitragem, é possível entender o princípio da confidencialidade plenamente conciliável com o princípio da publicidade. Isso porque a noção de confidencialidade parece oferecer relação mais íntima com a estrutura do procedimento do que elemento condicional de existência da arbitragem.

A despeito de não haver regra normativa expressa a respeito da confidencialidade, a própria autonomia das partes em delimitar as condições de desenvolvimento e as fases do processo arbitral somada ao dever de discricção dos árbitros – artigo 13, §6º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – poderá atrair ou afastar, a depender da autonomia da vontade, a confidencialidade do procedimento. Essa afirmativa é corroborada, inclusive, pelo texto do Código de Processo Civil, em seu artigo 189, IV<sup>18</sup>.

Ocorre que, a partir do mandamento de otimização constitucional que preceitua a publicidade na Administração Pública, também as normas infraconstitucionais seguem na mesma trilha de garantir transparência e prestação de contas (*accountability*) aos atos/contratos públicos, a exemplo da Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011. Nesse ponto, com ainda maior relevância, o Decreto nº 7.724/2012, em seu artigo 5º, assim dispõe:

*Art. 5º Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.*

*§ 1º A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da*

---

<sup>18</sup> Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

*Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários.*

*§ 2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.*

Observa-se, portanto, que o princípio da publicidade deverá ser compatibilizado com a possível confidencialidade do procedimento arbitral, em especial quando presente ente integrante da Administração Pública.

Por óbvio, a transparência deverá sofrer juízos de ponderação a depender das circunstâncias fáticas e do conflito a ser solucionado. *Verbi gratia*, o caso destacado pela Lei de Acesso à Informação e a possibilidade de fatos relevantes a respeito de empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência serem restringidos ou mantidos em sigilo momentâneo para assegurar competitividade, governança corporativa e os interesses de acionistas minoritários.

Sendo assim, a despeito de, em nosso sentir, tratar-se de um dos desafios para a aplicação da arbitragem nos contratos de petróleo, em qualquer de seus regimes, existe plena compatibilidade entre o princípio constitucional da publicidade e a possível confidencialidade das matérias eventualmente solucionadas.

### **5.3 Pluralidade de agentes e regimes**

Já foi ventilado no âmbito desse estudo o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes atuais, preceitua a existência de uma tríade de regimes para a exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, quais sejam eles o regime de concessão, o regime de partilha de produção e o regime de cessão onerosa.

Valendo-se das características peculiares a cada um desses regimes, já expostas em tópico anterior, é possível identificar que soluções diversas poderão ser alcançadas a partir da consideração de que controvérsias jurídicas a respeito da execução dessas modalidades contratuais poderão surgir entre entes privados, entre entes da Administração Pública e entre um ente da Administração Pública e um ente privado.

Significa dizer que, diferentes caminhos procedimentais ou de processo poderão ser trilhados, a depender dos elementos subjetivos envolvidos no conflito que se pretende solucionar no âmbito de execução dos contratos originários dessa indústria.

De início, a resolução de disputas surgidas em razão de contratos entre partes privadas, certamente poderá ser objeto de arbitragem em seu modelo tradicional e internacionalmente difundido, observadas as lições da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com as respectivas alterações, por meio de convenção de arbitragem ou cláusula arbitral. Isso porque são substancialmente orientadas pelo princípio da autonomia da vontade e da disponibilidade dos interesses. Os desafios apontados nesse estudo para a aplicação da arbitragem, em regra, não incidem sobre essa hipótese.

A questão ganha contornos peculiares quando se verificam as outras duas situações hipotéticas, de modo que a presença de entes da Administração Pública não terá, necessariamente, o condão de afastar a arbitralidade do conflito, mas, de fato, irradiará efeitos e consequências sobre a forma com que o procedimento arbitral poderá ser instaurado.

Nesse ponto, mais uma vez será importante o exercício de diferenciação entre o *processo de arbitramento* iniciado no âmbito da CCAF e a própria arbitragem, tal qual prevista pela legislação de regência.

Em caso de conflito entre órgãos da Administração Pública, ou entre a Administração Pública Direta e suas autarquias e fundações, quer nos parecer natural a atração das normas previstas pelos artigos 32 a 34, da Lei nº 13.140, de



26 de junho de 2015<sup>19</sup>. Com efeito, ainda que improvável, os conflitos entre órgãos da Administração Pública Federal ou entre esses órgãos e autarquias e fundações – v. g. eventual conflito entre Ministério de Minas e Energia e Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – deverão ser solucionados por mediação no âmbito de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, nos respectivos órgãos da Advocacia Pública ou, em caso de controvérsia estritamente jurídica, caberá a Advocacia-Geral da União realizar a composição extrajudicial do conflito – por meio da CCAF. Em caso de conflito intransponível por meio de autocomposição, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la por meio de Parecer Jurídico aprovado pelo Presidente da República.

Salvo melhor juízo, a hipótese supramencionada afastaria a denominada arbitragem, mas não o instituto peculiar do *processo de arbitramento*, aos moldes

---

<sup>19</sup> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

do quanto descreve o Parecer 1/2019/CCAF/CGU/AGU. Observe-se, com isso, que a regra para a solução dos conflitos entre órgãos de natureza pública será a conciliação. Apenas quando não for possível alcançá-la, a matéria será decidida pelo Advogado-Geral da União – com peculiaridades diferenciadoras da arbitragem.

Nesse ponto, a pluralidade de agentes envolvidos na ampla gama de relações jurídicas e de contratos originados para a exploração de petróleo poderá oferecer óbice à aplicação da arbitragem como conceituada pela Lei nº 9.307/96.

Em outro viés, o conflito poderá se originar de relação existente entre órgão público e ente privado (ainda que com vínculos públicos).

Nessa hipótese, rememoram-se as lições desenvolvidas a respeito do princípio da legalidade e os regimes de concessão, de partilha de produção e de cessão onerosa, ocasião em que foi possível concluir que, atualmente, todos os regimes mantêm relação de coerência com a matéria e admitem a aplicação da arbitragem como método para solucionar conflitos.

Nesse ponto, a superação dos termos do Parecer nº AGU/AG-12/2010 afastou restrições vinculantes à toda a esfera da Advocacia Pública Federal a respeito da matéria, em especial a inaplicabilidade da arbitragem internacional nos contratos de cessão onerosa e a confusão entre a arbitragem prevista pela Lei nº 9.307/96 e o *processo de arbitramento* iniciado no âmbito da CCAF e concluído por meio de decisão do Advogado-Geral da União.

Sendo assim, das três situações hipoteticamente delimitadas a respeito dos possíveis elementos subjetivos em conflito, aquela surgida apenas entre entes com personalidade jurídica de direito público é que será suficiente para, *prima facie*, afastar a possibilidade de arbitragem da questão.

Ocorre que, aos moldes do quanto já foi apontado em momento anterior, por meio da Lei nº 13.129/15 alterou-se a denominada lei de arbitragem para, em seu artigo 1º, §1º, prever-se que a *administração pública direta e indireta* poderá

*utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

O microssistema de soluções alternativas para conflitos portanto, delimitou situações que exigem clara distinção, na medida em que são complementares e não obrigatoriamente excludentes para a aplicação do método da mediação, do *processo de arbitramento* na CCAF e da própria arbitragem em seus moldes tradicionais.

Significa dizer que a Administração Pública poderá criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, como forma de alcançar soluções homogêneas para os impasses surgidos entre seus órgãos e entidades. No caso de controvérsias jurídicas, em especial no caso da Administração Pública Federal, a questão deverá ser solucionada por meio de Parecer do Advogado-Geral da União, naquilo que se denominou *processo de arbitramento*. Ao passo que não se exclui a possibilidade destacada alhures de, tratando-se de direito patrimonial disponível, a presença exclusiva de entes com personalidade jurídica de direito público não deverá afastar, sumariamente, a arbitrabilidade do conflito.

O desafio apresentado pela pluralidade de agentes ainda é potencializado pela pluralidade de regimes e também pela difusão dos dispositivos normativos desse microssistema de solução de controvérsias, mas a análise acurada oferece bases sólidas para a sua superação e plena integração dos conceitos aplicáveis, garantindo-se legitimidade à aplicação da arbitragem mesmo entre órgãos da Administração Pública, a exemplo do que ocorre no regime de cessão onerosa.

#### **5.4 Conflito de interesses**

A pluralidade de agentes e as características inerentes a cada um dos regimes descritos para exploração de petróleo resultam em mais um derradeiro desafio para a aplicação legítima da arbitragem para a solução de conflitos, qual seja, a

alegação de aparente conflito de interesses entre o objeto da controvérsia e o elemento subjetivo dos árbitros.

De início, é importante salientar que, tal qual a tutela jurisdicional ofertada pelo Poder Judiciário, também a composição arbitral nos moldes previstos pela Lei nº 9.307/96 garante instrumentos de controle sobre a imparcialidade e impessoalidade dos agentes selecionados para o julgamento da questão, a exemplo do tratamento equivalente àquele reservado ao magistrado pelo Código de Processo Civil, com a possibilidade de arguição de suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros<sup>20</sup>.

A despeito de sua aparência singela, a questão a respeito da possibilidade de existência de conflito de interesses quando da instituição de arbitragem em que esteja presente um ente público, em especial a União Federal, já veio a ser ventilada em diversas oportunidades práticas em que o tema veio a ser debatido. Divergência essa, que é ainda potencializada pela confusão conceitual e procedimental existente entre a arbitragem e o *processo de arbitramento* exercido pela CCAF ou órgão que o valha.

Com a superação analítica dos desafios até esse momento apontados, é possível registrar fundamentos pelos quais se deve afastar a possibilidade de existência de conflito de interesses suficiente e tão elementar que torne impossível a aplicação da arbitragem nos contratos de petróleo, quando presente um ente público – nesse caso, a União. Isso porque a arbitragem oferece os instrumentos da arguição de suspeição e impedimento dos árbitros; o processo de escolha dos árbitros tem características dialógicas; e o *processo de arbitramento* solucionado

---

<sup>20</sup> Lei nº 9.307/96, Art. 20. *A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.*

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

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

por meio de parecer do Advogado-Geral da União, após a instrução e mediação no âmbito da CCAF, não se confunde com a arbitragem propriamente dita.

A possibilidade de que o elemento subjetivo influencie no resultado do julgamento do conflito por meio do comprometimento da imparcialidade do árbitro<sup>21</sup> é atenuada pela apresentação de exceção de suspeição ou impedimento, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral<sup>22</sup>. Nesse caso, a parte interessada em arguir essas questões deverá se pronunciar na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem<sup>23</sup>. Aqui há equivalente similaridade com o que ocorre no âmbito do Poder Judiciário e a possibilidade de imparcialidade do magistrado.

Avançando-se no tema identificado, é possível observar que o próprio processo de escolha dos árbitros, com características dialógicas, oferece bases sólidas para a superação do desafio a respeito da possibilidade de conflito de interesses entre os árbitros e o objeto a ser arbitrado.

Sabendo-se que *qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes*<sup>24</sup> pode ser árbitro, o processo de escolha e de nomeação daqueles que serão os julgadores do conflito oferece ampla margem de flexibilidade, representatividade e legitimidade em favor das partes que terão seu conflito solucionado. Isso porque, orientados pelo princípio da autonomia da vontade, são as próprias partes que promoverão a indicação dos árbitros, ou optarão pelo corpo de profissionais indicado pelo Tribunal Arbitral escolhido.

---

<sup>21</sup> Art. 13. *Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.*

§ 6º *No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.*

<sup>22</sup> Art. 15. *A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.*

*Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.*

<sup>23</sup> Art. 20. *A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.*

<sup>24</sup> Art. 13, da Lei nº 9.307/96.

De uma maneira ou de outra, não há de se falar em conflito de interesses entre árbitros escolhidos pelos próprios interessados no deslinde do conflito e, ainda que venha a existir, retoma-se a solução oferecida pelos instrumentos da exceção de suspeição e impedimento.

Por fim, posicionamentos já seguiram a trilha segundo a qual o *processo de arbitramento* previsto pela Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015, poderia ferir os deveres de imparcialidade e impessoalidade do árbitro já que viriam a ser solucionados por meio de parecer do Advogado-Geral da União, que é representante máximo do órgão de assessoramento e representação da União Federal. Com isso, no caso de instauração desse processo para solução de conflitos surgidos entre a União Federal e outro ente público ou particular, seria legítima a suspeição de que a decisão seria necessariamente favorável à União Federal.

Ocorre que o posicionamento exposto parte da premissa equivocada de que o *processo de arbitramento* se confunde com a arbitragem da Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996, aos moldes do quanto já se desenvolveu alhures.

Dentre as características mais relevantes para essa distinção, encontram-se a competência do *processo de arbitramento* para solucionar apenas as questões e controvérsias eminentemente jurídicas, bem como a necessidade de que as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública Federal, nos termos do Decreto-Lei n° 200/67, deverão autorizar previamente a sua sujeição a esse processo, na medida em que lhes é garantida a faculdade de assim proceder<sup>25</sup>.

Nesse sentido, a exemplo do raciocínio destacado quando da análise do princípio da legalidade e a utilização da arbitragem nos contratos de petróleo, é possível concluir que a arbitragem não se confunde com o *processo de arbitramento* realizado no âmbito do órgão de Advocacia Pública que, por seus elementos constitutivos, afasta arguições de que poderia haver conflito de

---

<sup>25</sup> Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

interesses quando da solução de controvérsias entre entes integrantes da Administração Pública.

## 6 Princípio da Eficiência Administrativa como alternativa à última palavra do Poder Judiciário

A reforma constitucional administrativa promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, colacionou ao texto expresso do artigo 37, *caput*, do texto constitucional a previsão de que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes deverá obedecer os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, essa última construída como forma de superação do paradigma Weberiano de administração burocrática, avançando-se para o conceito até então – naquela época – moderno de administração gerencial<sup>26</sup>.

O conceito de atuação eficiente é amplamente difundido como a busca pela ação efetiva e célere das competências reservadas ao Poder Público, também com íntima relação entre o Direito e a Economia, como esclarece Oliveira<sup>27</sup>:

*O princípio da eficiência demonstra íntima relação entre o Direito e a Economia (Law & Economics). De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas. Sob a ótica da AED, existem, em resumo, dois critérios que garantem a eficiência na circulação de riquezas:*

- a) eficiência de Pareto (“ótimo de Pareto”): a medida é eficiente quando melhorar a situação de determinada pessoa sem piorar a situação de outrem, o que é de difícil aplicação concreta, pois desconsidera as externalidades negativas cada vez maiores nas sociedades complexas; e*
- b) eficiência de Kaldor-Hicks: as normas devem ser desenhadas para produzirem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas (os benefícios de “A” superam os prejuízos de “B”).*

*Ressalta-se, todavia, que a eficiência não pode ser analisada exclusivamente sob o prisma econômico, pois a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc. Nem sempre a medida mais barata será a mais eficiente (“o barato pode custar caro”). A medida administrativa será eficiente*

<sup>26</sup> CAVALCANTI, Bianor Scelza. O Gerente Equalizador. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 74.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p.32



*quando implementar, com maior intensidade e com menores custos possíveis, os resultados legitimamente esperados.*

No âmbito da Administração Pública Burocrática de Weber<sup>28</sup>, a noção de eficiência seria alcançada por meio: da delimitação analítica das organizações, temperada pelo caráter legal das normas e regulamentos; da relação de impessoalidade entre agentes e administrados; da aplicação da noção de hierarquia no serviço público; da imposição de procedimentos e padronizações; bem como pela valorização do conhecimento técnico e da meritocracia.

Sendo o conceito de constituição de Luhmann<sup>29</sup> apontado como um acoplamento estrutural entre o Direito e a Política, a noção de princípio da eficiência imposto à Administração Pública na reforma constitucional mencionada demonstra alinhamento adequado à evolução do pensamento no sentido dos novos paradigmas sugeridos pela Administração Pública Gerencial.

A implementação do princípio da eficiência, portanto, não deve se restringir a garantir melhores resultados por meio de sistemas já consolidados e com características burocráticas, mas revisitar questões valendo-se de novas concepções de cunho gerencialista, por meio da análise econômica do direito. Com efeito, é possível propor que o princípio da eficiência deixe de ser encarado apenas como norma a ser cumprida pela Administração Pública por força de determinação constitucional, mas também como verdadeiro instrumento de superação de paradigmas burocráticos, identificado nesse estudo pela busca exclusiva do Poder Judiciário para a solução de controvérsias nos contratos de petróleo.

Por atrair elementos de racionalidade que favorecem a redução de gastos governamentais, a valorização da excelência e a sedimentação de conceitos de cidadania e *accountability*, a superação dos desafios para a aplicação legítima da arbitragem nos diferentes regimes de exploração de petróleo oferece alternativa ao sistema ortodoxo de superação de conflitos.

---

<sup>28</sup> WEBER, M. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, Editora Universidade de Brasília; São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, p. 188, 2004.

<sup>29</sup> LUHMANN, op. cit.

Nesse sentido, o alcance de maior eficiência na atuação administrativa por meio da técnica da arbitragem e seus consentâneos não oferece apenas mais racionalidade e melhores resultados para a execução de contratos oriundos dos regimes de exploração de petróleo em nosso ordenamento, mas também garante alternativa robusta para que essas demandas possam ser apreciadas em atmosfera distinta daquela consolidada pelos processos judiciais que, a depender do caso, podem exigir a superação de suas limitações em prol do bom desenvolvimento do setor.

Dentre as características que atraem vantagens à aplicação da arbitragem, aquelas que são intuitivamente mencionadas de plano são a alta especialização técnica dos árbitros; a celeridade na solução das demandas; a valorização do princípio da eficiência; e a potencial atratividade que a utilização desse método de solução de conflitos exerce sobre os investidores estrangeiros que venham a atuar nessa indústria, no Brasil.

Em regra, os membros do Poder Judiciário ostentam conhecimento pouco especializado e aprofundado nos temas inerentes à indústria do petróleo. Isso porque esses mesmos conhecimentos não se restringem às normas e conceitos jurídicos da matéria em conflito, mas também aos conceitos de engenharia, geologia, administração, economia, finança corporativa, gestão privada e pública etc. Com efeito, a possibilidade de escolha dos árbitros por parte dos envolvidos oferece oportunidade para que a demanda seja julgada de maneira mais robusta e segura, atraindo-se maior identidade com a noção de *justiça* partilhada pelas partes.

Reforçando-se a noção de eficiência gerencialista, a superação ou mesmo atenuação da morosidade com que as questões são solucionadas no âmbito do Poder Judiciário também oferece razões de atração para a aplicação da arbitragem. Isso porque, aliada aos conhecimentos melhor especializados, a redução do tempo em que o imbróglio permanece sem solução garante redução de custos e economia direta aos particulares investidores e ao erário.

Tratando-se o Estado do maior demandante/demandado das causas apreciadas pelo Poder Judiciário, todas as medidas passíveis de reduzir o esgotamento experimentado na realidade atual serão sinais de racionalidade em perfeita simbiose com a evolução e sedimentação do pensamento moderno da gestão pública.

## 7 Conclusão

Através da realização do presente estudo pudemos observar que o regime constitucional e normativo de exploração de petróleo, no Brasil, é espécie de *acoplamento estrutural* entre os sistemas político e jurídico nacional<sup>30</sup>, na medida em que não se resume à linguagem circunscrita exclusivamente a cada um desses sistemas. De modo que se encontra em área de interseção sobreposta de temas afetos ao debate jurídico e ao debate político, simultaneamente.

Dentre os diversos aspectos a serem considerados quando da formulação de uma política energética substancial e consistente, a análise econômica do direito e o instituto da arbitragem como técnica de solução de conflitos oferecem oportunidade de verificação da simbiose existente entre a norma jurídica e seus reflexos econômicos, políticos, sociais e ambientais.

A partir da análise descritiva da legislação de regência e dos principais elementos conceituais dos regimes de exploração de petróleo no ordenamento jurídico brasileiro é possível ilustrar as características de distinção entre os regimes de concessão, de partilha de produção e de cessão onerosa.

Em especial valendo-se dos dispositivos normativos contidos no art. 43, X, da Lei nº 9.478/97 e no art. 29, XVIII, da Lei nº 12.351/10, ilustra-se a possibilidade de aplicação da arbitragem em cada uma das espécies contratuais descritas, avançando-se para a superação dos termos do Parecer AGU/AG-12/2010, que entendia pela possibilidade da arbitragem no contrato de cessão onerosa, porém destacando-se que esse não deveria ser objeto de arbitragem internacional, e que deveria ser priorizada a Câmara de Arbitragem da Advocacia-Geral da União – CCAF.

Por meio do Parecer 1/2019/CCAF/CGU/AGU, a revisitação do tema esclareceu que a Câmara de Arbitragem da Advocacia-Geral da União – CCAF não exerce arbitragem aos moldes da Lei nº 9.307/96, e sim *processo de arbitramento* com características peculiares e diferenciadoras. Sendo assim, ambos os meios de solução de divergências poderão ser admitidos em cada um dos

---

<sup>30</sup> LUHMANN, op. cit.

regimes jurídicos de exploração de petróleo, desde que superados os desafios identificados pelo princípio da indisponibilidade do interesse público; pelo princípio da publicidade; pela pluralidade de agentes e regimes; e pela possibilidade de conflito de interesses entre os agentes e os árbitros.

O aprimoramento da ciência administrativista e suas normas que consagram valores autoriza o reconhecimento de que a noção de indisponibilidade de interesse público tem sido objeto de releitura e ressignificação. Não obstante, sendo a Administração Pública orientada pelo princípio da legalidade, a eventual incidência de normas cogentes poderá afastar a arbitralidade objetiva da divergência.

Dentre as características ordinariamente listadas para o benefício da utilização da arbitragem está a possível confidencialidade. Esta, em um primeiro momento, pode aparentar divergir do princípio constitucional da publicidade, que orienta a atuação administrativa no Brasil – aspecto mencionado, inclusive, pela alteração da Lei nº 9.307, de 1996, promovida pela Lei nº 13.129, de 2015.

Em prol dos valores de transparência e prestação de contas, a possível confidencialidade da questão deverá ser compatibilizada com o princípio da publicidade, orientando-se a autonomia da vontade das partes a depender das circunstâncias de fato e de direito, bem como do conflito a ser solucionado.

A depender do regime jurídico no âmbito do qual surge o conflito, bem como a depender das pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público envolvidas na divergência, poderão se configurar soluções diversas de arbitragem, seja por meio do *processo de arbitramento* na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União – CCAF ou por meio da arbitragem prevista pela Lei nº 9.307/96. Em tese, porém, todos os regimes e agentes envolvidos nos contratos da indústria do petróleo poderão submeter seus conflitos à arbitragem, desde que assim contratado.

A possibilidade de conflito de interesses é substancialmente atenuada seja no *processo de arbitramento* no âmbito da CCAF ou na arbitragem aos moldes da Lei nº 9.307/96, por meio dos instrumentos ordinários oferecidos pela própria legislação de regência.

Assim sendo, no caso do *processo de arbitramento* a possibilidade de conflito de interesses quando da instituição de arbitragem em que esteja presente um ente público, em especial a União Federal, é afastada tendo em vista que as questões instauradas deverão ser eminentemente jurídicas, e as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública Federal, deverão autorizar a submissão da questão a esse processo.

Por sua vez, a arbitragem modelada pela Lei nº 9.307/96 garante o instrumento da exceção de suspeição e impedimento em face dos árbitros escolhidos, a exemplo do que ocorre no processo judicial orientado pelo Código de Processo Civil – matéria que, atualmente, não se alega por meio de exceção.

O avanço final sobre o tema permite identificar que a valorização do princípio da eficiência, no sentido atribuído pela Nova Administração Pública (gerencialista) pode oferecer alternativa à última palavra do Judiciário para questões de alta complexidade e especialidade, com a solução de conflitos de maneira mais célere, mais econômica, mais *justa*, e mais racional, sendo instrumento de superação dos paradigmas burocráticos teorizados por Weber<sup>31</sup>.

Em detrimento dos desafios e elementos conceituais a serem considerados, a solução de controvérsias nos contratos de exploração e produção de petróleo por meio da arbitragem é uma realidade inerente a própria evolução científica do Direito Administrativo e do diálogo existente entre direito e economia, traduzido pela interpretação econômica do direito, como avanço da gestão pública em favor do ganho de eficiência.

A superação dos desafios apontados direciona para a conclusão de que há plena arbitrabilidade objetiva e subjetiva das controvérsias surgidas na execução dos contratos da indústria de petróleo. A essa conclusão, somam-se às características de maior celeridade e especialidade dos árbitros em detrimento do Poder Judiciário.

O instituto se direciona ao encontro dos objetivos e desafios de se elaborar uma política energética nacional, em especial a complexidade inerente ao desenho

---

<sup>31</sup> WEBER, op. cit.

da política energética, os problemas de inconsistências internas, as políticas de preço e o papel fundamental do insumo energético nas atividades produtivas e sociais.

## 8 Bibliografia

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Arbitragem no Brasil** – Pesquisa CBAr-Ipsos, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. 239, 411-438, Jan-Mar 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Alfredo Ruy. **A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural**. P. 6-10. In: VALOIS, Paulo. Temas de Direito do Petróleo e do Gás II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 1-28, p.15.

BERCOVICI, Gilberto. **Petróleo, Recursos Minerais e Apropriação do Excedente – A Soberania Econômica na Constituição de 1988**. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário – Área de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Mimeo.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, nº 241, Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getulio Vargas, p. 159-175, jul./set. 2005.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 7 de agosto de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/19478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19478.htm). Acesso em: 9 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 30 de junho de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12276.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12276.htm). Acesso em: 9 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o



Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 23 de dezembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 9 ago. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem – Lei nº 9.307/96**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei nº 9.307/1996**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2004.

CAVALCANTI, Bianor Scelza. **O Gerente Equalizador**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 74.

COSER, L. **The function of social conflict**. Glencoe, Ill.: Free Press, 1956.

DALLARI, Adilson. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. **Boletim de Direito Administrativo**, nº 9, São Paulo: NDJ, 1996. p. 571-575.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

DE MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. Em: **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015.

DOUGLAS, A. **Industrial peacemaking**. New York: Columbia University Press. 1962.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Parecer nº AGU/AG-12/2010 – Advocacia-Geral da União**, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 32, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 14-20.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em Números e Valores**. Disponível em: Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20\\_2010%20a%202016\\_.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf). Acesso em: 9 out. 2018.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. (La costituzione come acquisizione

evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). et alli. *Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 253, jan./abr. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 226. Apud SOUZA JR., Lauro Gama. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). *Revista Brasileira de Arbitragem*, no. 8, out-dez 2005.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os Limites da Arbitragem nos Contratos de Concessão de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 1, no. 2, maio – agosto de 2004, p. 90-98.

MUSTILL, Michael. **The new lex mercatoria**: the first twenty-five years. 1988.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

RAPOPORT, A. **Fights, games and debates**. Ann Arbor: University of Michigan Press. 1960.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**: as joint ventures na indústria do petróleo. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SHERIF, M.; Harvey, O. J.; White, B. J.; Hood, W. R.; & Sherif, C. W. **Intergroup conflict and cooperation**: The robbers cave experiment. Norman, Oklahoma: University Book Exchange, 1961.

SOUZA JR., Lauro Gama. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado) **Revista Brasileira de Arbitragem**. no 8. out-dez 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, p. 252-264, 2013.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: **Temas de direito público** – estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 3, p. 83-88, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias público-privadas** – um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 333-358, 2005.

TIBÚRCIO, Carmen. MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na Indústria do Petróleo no Direito Brasileiro, in Marilda Rosado (coord.), **Estudos e Pareceres – Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WEBER, Ana Carolina. O Controle de Constitucionalidade pelo Árbitro: Análise da Portaria ANP nº 234/2003, in Maria Rosado de Sá Ribeiro (org.), **Novos Rumos do Direito do Petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEBER, M. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, Editora Universidade de Brasília; São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.