

A arbitrabilidade objetiva do ato administrativo discricionário à luz do entendimento do STJ

Kauê Henrique Neto

Acadêmico de Direito do Centro Universitário Curitiba.

Luciano Reis

Professor de Direito Administrativo do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Doutor em Direito Administrativo pela *Universitat Rovira i Virgili*, na Espanha. Doutor e mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil com ênfase em litígios públicos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA, 2004).

Resumo: O presente artigo visa analisar a fundo a decisão do STJ no âmbito da disputa entre a Petrobras e a ANP acerca da arbitrabilidade objetiva de um ato administrativo discricionário e a competência do juízo arbitral para realizar o controle desse ato administrativo. Analisa-se o voto vencido do Ministro Relator e o voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa, bem como os argumentos da ANP pela inarbitrabilidade da disputa. Certamente, a decisão é histórica e será utilizada como precedente ao longo do tempo.

Palavras-chave: Arbitrabilidade objetiva. Ato administrativo discricionário. Direito patrimonial disponível.

Sumário: **1** Introdução – **2** Origem da disputa entre a Petrobras e ANP – **3** Votos dos Ministros do STJ – **4** Considerações finais – Referências

1 Introdução

Em decisão histórica e atual, o Superior Tribunal de Justiça analisou a arbitrabilidade objetiva dos atos administrativos discricionários no âmbito do Conflito de Competência nº 139.519-RJ, suscitado pela Petrobras. A disputa entre a empresa de petróleo e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) surge no âmbito de um Contrato de Concessão firmado em 1998.

A ANP, por meio da Resolução de Diretoria nº 69/2014 (RD 69/2014) alterou significativamente o Contrato quase quinze anos depois de realizada a concessão. A alteração custou à Petrobras cerca de R\$2 bilhões de reais, tornando o negócio inviável.

Houve resistência ao procedimento arbitral, mesmo com cláusula compromissória incluída no contrato, por parte da ANP. Diante disso, o STJ analisou a arbitrabilidade da RD 69/2014, abordando conceitos da legislação arbitral, bem como conceitos importantes do Direito Administrativo, como indisponibilidade de direitos para a Administração Pública.

Em votação não unânime, a Primeira Seção do STJ decidiu, por cinco votos a dois, que o juízo competente para realizar o controle do ato administrativo é o juízo arbitral. Analisa-se, abaixo, os argumentos levantados pela ANP, embora não persuadiram o STJ, bem como o voto vencido do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho e o voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa.

2 Origem da disputa entre a Petrobras e ANP

A disputa entre a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e a Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), antes de ser remetida à arbitragem, teve fases desgastantes e protelatórias. Embora se analise especificamente a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no âmbito do Conflito de Competência nº 139.519-RJ, é necessário contextualizar, desde o início, o surgimento da discussão acerca da arbitrabilidade do ato administrativo discricionário proferido pela ANP.

Em 06 de agosto de 1998, a ANP celebrou um contrato de concessão com a Petrobras para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no bloco BC-60. O bloco era composto por sete campos de exploração diferentes, sendo denominados de Baleia Anã, Baleia Azul, Baleia Franca, Cachalote, Caxareu, Jubarte e Pirambu, todos localizados no Estado do Espírito Santo.

A Petrobras explorou os campos que o contrato de concessão englobou sem maiores dificuldades até dia 14 de fevereiro de 2014, por cerca de 16 anos. Neste dia, a empresa foi surpreendida com o Ofício 244/2014/SDP, expedido pela ANP, o qual informava da existência da Resolução de Diretoria 69/2014 (RD 69/2014). Este é o ato administrativo discricionário da ANP que causou a disputa entre as partes.

Em suma, a RD 69/2014 decidiu considerar os sete campos de exploração como um único campo, denominado de Campo de Jubarte. Ainda, determinou que a Petrobras apresentasse, no prazo de 180 dias, um plano de desenvolvimento do campo já unificado, sob pena de extinção do contrato de concessão.

O ato administrativo unilateral modificou as cláusulas contratuais do contrato de concessão e causou um ônus financeiro à Petrobras que tornava a exploração de petróleo e gás natural inviável. Inclusive, no Ofício enviado à Petrobras informando da RD 69/2014, que unificou os sete campos de exploração, a ANP faz menção direta ao interesse arrecadatário em unificar os campos de exploração, aumentando a arrecadação em cerca de 10%. Com a unificação dos campos,

a ANP intimou a Petrobras, conforme alegado pela própria empresa, ao recolhimento, a título de participação especial, do montante de R\$2.193.895.353,88. Portanto, através de um ato administrativo discricionário, além de modificar unilateralmente um contrato de concessão, a ANP buscava uma arrecadação de mais de dois bilhões de reais.

Insatisfeita, a Petrobras solicitou, na via administrativa, a reconsideração da RD 69/2014, postulando a revogação/anulação do ato administrativo. Entretanto, não obteve êxito em seu pedido.

Diante da cláusula arbitral contida no contrato de concessão entre as partes, e sem qualquer alternativa, a Petrobras instaurou um procedimento arbitral em face da ANP perante a Corte Internacional de Arbitragem – ICC com o pedido de declaração de nulidade da RD 69/2014 pelo Tribunal Arbitral. Pela primeira vez na história da arbitragem no Brasil, uma empresa solicitou que um tribunal arbitral realizasse o controle do ato administrativo e, conseqüentemente, declarasse sua nulidade.

Considerando que Tribunal Arbitral ainda não tinha sido instalado, com o apontamento dos árbitros, em 24 de abril de 2014, a Petrobras ajuizou uma Ação Cautelar na Justiça Federal do Rio de Janeiro, com a finalidade de, liminarmente, suspender os efeitos da RD 69/2014 da ANP. Houve concessão do pedido liminar da Petrobras em primeira instância, sendo posteriormente cassada pelo Tribunal de origem em decisão proferida em sede de agravo de instrumento interposto pela ANP pela 8ª Turma Especializada do TRF-2.

Com a decisão de cassação da liminar, e já instaurado o Tribunal Arbitral para resolver a disputa, o Tribunal Arbitral proferiu decisão parcial determinando que, enquanto não houvesse deliberação sobre o pedido cautelar da Petrobras pelo Tribunal Arbitral, as partes estavam impedidas de praticar quaisquer atos que pudessem afetar a esfera de direitos da outra.

Uma vez que a ANP tomou ciência do procedimento arbitral instaurado no ICC, ajuizou Ação Anulatória na Justiça Federal do Rio de Janeiro, em face da Petrobras, pleiteando a anulação do procedimento arbitral. Os argumentos, como será abordado oportunamente, são fundamentados na indisponibilidade do direito da ANP e a conseqüente inarbitrabilidade objetiva da disputa. Portanto, conforme alegado pela ANP, o Tribunal Arbitral instaurado não teria a devida competência para resolver a disputa.

A tentativa da ANP, entretanto, foi infrutífera, pois a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro negou o pedido liminar de suspensão da arbitragem, bem como confirmou, por meio de sentença, a improcedência total da ação. No âmbito desse processo, o Estado do Espírito Santo, local em que os campos de exploração se encontravam, buscou o ingresso no polo ativo, pois alegou interesse direto na disputa entre as partes, considerando os *royalties* que seriam arrecadados com a unificação dos campos. Entretanto, seu pedido foi negado.

A ANP e o Estado do Espírito Santo apelaram da sentença de improcedência ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), cada qual com seus objetivos e fundamentos. Mas, antes mesmo que as apelações fossem recebidas pelo TRF-2, a ANP e o Estado do Espírito Santo, em autos separados, ingressaram com uma Ação Cautelar no TRF-2 requerendo a suspensão do procedimento arbitral com o argumento de que havia risco que o Tribunal Arbitral tomasse alguma decisão acerca da nulidade da RD 69/2014 antes que suas Apelações fossem julgadas pelo próprio TRF-2.

A Ação Cautelar foi julgada pela 8ª Turma Especializada do TRF-2, pois estava preventa em decorrência do julgamento de outro recurso interposto pela Petrobras anteriormente. A 8ª Turma concedeu o pedido liminar para suspender a tramitação da arbitragem instaurada pela Petrobras para discutir a validade de RD 69/2014. A Petrobras recorreu da decisão, por meio de Agravo Regimental, mas não obteve o êxito para reforma da decisão.

A partir dessa decisão, instaurou-se o conflito de competência entre a jurisdição estatal e arbitral. Por um lado, a 8ª Turma Especializada do TRF-2 entendeu que a disputa entre as partes não era arbitrável. Por este motivo, caberia ao Poder Judiciário decidir acerca da validade, ou não, da RD 69/2014. Por outro lado, a Petrobras defendeu que o Tribunal Arbitral instaurado na ICC tinha competência, pois, ao contrário, entendeu a disputa como arbitrável.

Finalmente, a Petrobras suscitou o conflito de competência ora analisado, requerendo o reconhecimento da competência do Tribunal Arbitral. No âmbito do conflito de competência, a Petrobras requereu, liminarmente, a declaração de competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre medidas e providências de natureza emergenciais.

Para tanto, levanta que o *periculum in mora* existe devido à cobrança de R\$2.193.895.353,88, acrescentado de 50% em caso de não pagamento, conforme Ofício ANP 223/2015/SPG. Além do mais, a Petrobras estava obrigada a efetuar o pagamento de outro valor elevado referente às participações governamentais correspondentes ao primeiro trimestre de 2015. Por fim, a RD 69/2014 obrigava a empresa a modificar todo seu plano para exploração do petróleo nos campos, considerando a unificação. Caso não houvesse a decisão, os danos seriam irreversíveis.

O *fumus boni iuris* se encontrava na violação ao ordenamento jurídico decorrente da decisão da 8ª Turma do TRF-2 que ignorou o fato de que cabe ao Tribunal Arbitral decidir acerca da sua própria competência, com base no princípio *kompetenz-kompetenze*.

O pedido liminar foi concedido e determinou, provisoriamente, a competência ao Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – ICC para o exame de medidas ou providências de natureza

emergencial, urgente ou acauteladora. Ainda, suspendeu toda e qualquer ação judicial vinculadas ao objeto do conflito de competência até que o conflito fosse sanado, bem como a cobrança de qualquer valor decorrente da RD 69/2014 da Petrobras pela ANP.

Algum tempo depois, a Petrobras apresentou petição nos autos informando o juízo que a ANP ainda estava buscando a cobrança do valor bilionário da empresa. A juízo reiterou a decisão que determinou a suspensão de quaisquer cobranças decorrentes da RD 69/2014 devido à unificação dos campos.

Ainda antes do STJ tomar uma decisão acerca do conflito, o Estado do Espírito Santo interpôs agravo regimental alegando que a Petrobras não tinha efetuado pagamento incontroverso e não decorrentes da RD 69/2014 referente à participação governamental da exploração de petróleo e gás natural.

Com isso, houve decisão determinando o pagamento dos valores, pois, conforme alegado pelo Estado, eram incontroversos e devidos independentemente da anulação ou não do RD 69/2014. Entretanto, fez a ressalva que o valor teria de ser calculado antes da unificação dos campos, o que diminuiria significativamente a arrecadação do Estado em *royalties*.

Por fim, houve parecer do Ministério Público Federal juntado, de lavra do Subprocurador-Geral da República, opinando pela procedência do reconhecimento da competência do Tribunal Arbitral instaurado no ICC para resolver a disputa entre as partes.

Assim, sobreveio a sentença confirmando a competência do Tribunal Arbitral para decidir acerca da validade do ato administrativo discricionário RD 69/2014. Apesar da decisão, há que se considerar os argumentos importantes e bem fundamentados da ANP e do Estado do Espírito Santo que contrariam a decisão do STJ. Devido a estes argumentos, a decisão do STJ não foi unânime, tendo como voto vencido o reconhecimento da competência de Justiça Federal em decisão proferida pelo Exmo. Sr. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, acompanhado pelo Ministro Benedito Gonçalves.

No decorrer do presente artigo, portanto, analisa-se os argumentos de todas as partes, bem como a decisão do STJ reconhecendo a competência do Tribunal Arbitral. A importância da decisão é incalculável, pois, pela primeira vez, o STJ reconheceu que um Tribunal Arbitral pode decidir acerca da validade de um ato administrativo discricionário.

2.1 Argumentos pela inarbitrabilidade da disputa

Na tentativa de se escusar do compromisso em submeter toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente do contrato de concessão firmado com

a Petrobras à arbitragem, a ANP juntou um parecer escrito por Patrícia Ferreira Baptista, o qual, posteriormente, foi publicado na *Revista de Direito Administrativo*.

Neste parecer, são abordados alguns pontos, como a arbitrabilidade objetiva da disputa, a admissibilidade do controle jurisdicional prévio sobre a arbitrabilidade do conflito, a competência regulatória da ANP, entre outros assuntos. Entretanto, embora todos os temas sejam de extrema relevância, o que se aborda no presente artigo diz respeito apenas à arbitrabilidade objetiva da disputa entre a ANP e Petrobras, conforme decidido pelo STJ.

Em seu parecer, Patrícia Ferreira Baptista discorre sobre dois fundamentos pelos quais é possível identificar a inarbitrabilidade da disputa. O primeiro (2.1.1) diz respeito aos limites impostos à arbitragem pela ordem jurídica nacional. O segundo (2.1.2) discorre sobre a indisponibilidade do direito controvertido pelas partes, subdividindo em outros dois pontos, referentes à soberania do Estado brasileiro e os interesses federativos de não signatários da cláusula (BAPTISTA, 2017, p. 257).

2.1.1 Os limites impostos à arbitragem pela ordem jurídica nacional

O primeiro argumento para a inarbitrabilidade da disputa utilizado pela ANP se fundamenta nos limites impostos pela legislação nacional referente à arbitrabilidade de disputas. Para determinar se alguma disputa é arbitrável ou não, é necessário analisar a *lex arbitri* (REDFERN; HUNTER, 2015, p. 03) aplicável ao caso, pois não há um único conceito global de arbitrabilidade (BAPTISTA, 2017, p. 254-255).

À luz da cláusula arbitral inserida no contrato de concessão firmado entre a Petrobras e a ANP, na Cláusula 29.4, é aplicável ao procedimento arbitral a Lei de Arbitragem Brasileira, Lei nº 9.307/1996. Portanto, a ANP argumenta que a limitação do disposto no art. 1º da Lei de Arbitragem¹ é vinculante, de modo que as partes não têm total autonomia, por mais que a cláusula arbitral no caso concreto seja bastante genérica. As disputas arbitráveis, no Brasil, estão limitadas aos direitos patrimoniais disponíveis.

O argumento da ANP, nesse sentido, está em consonância com a legislação e doutrina. O âmbito de incidência do procedimento arbitral não decorre exclusivamente da vontade geral das partes, mas também da limitação imposta pelo ordenamento jurídico (VALDÉS, 2007, p. 142). Portanto, só poderá ser arbitrável o direito patrimonial disponível.

¹ “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

A disputa, conforme alega a ANP, envolve direito patrimonial indisponível e, por essa razão, se encontra limitada pelo ordenamento jurídico nacional, que permite somente a discussão sobre direitos patrimoniais disponíveis. Embora o termo direito patrimonial indisponível seja de difícil conceituação (BAPTISTA, 2017, p. 158), a ANP considerou que direito indisponível é aquele não transacionável, impossível de ser renunciado, cedido ou alienado, sendo aquele que se situa fora da autonomia da vontade das partes.

Esse entendimento está em consonância com a doutrina nacional, conforme vários doutrinadores consideram. Carlos Alberto de Salles conceitua arbitrabilidade objetiva para a Administração Pública como situações possíveis de serem resolvidas por meio de decisão arbitral e que as partes tenham submetido tal situação, por meio de convenção arbitral válida, ao juízo arbitral (SALLES, 2011, p. 207-208). Nesse sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica comenta que parece razoável o entendimento que são arbitráveis, para a Fazenda Pública, os direitos disponíveis nos limites traçados pela legislação (SICA, 2016, p. 275).

Na mesma linha, Eros Grau divide a atuação do Estado em patamar econômico em duas figuras: atividade econômica em sentido estrito e serviço público (GRAU, 2010, p. 100). Partindo dessa premissa, é possível concluir que qualquer forma que o Estado atue na transferência de bens ou serviços pode ser economicamente mensurada, tomando valor patrimonial, sem ter um valor nominal em moeda corrente necessariamente delimitado (VITA, 2008, p. 207).

Por fim, cabe trazer a conclusão de Carmem Tibúrcio referente à arbitrabilidade objetiva e os poderes de árbitros em situações que envolvem procedimentos com a Administração Pública (TIBÚRCIO, 2018 [versão digital]):

Não há nada que um tribunal arbitral possa fazer que o Estado-juiz não pudesse, se estivesse diante do mesmo caso. Os mesmos limites incidentes à cognição e à atuação dos juízes se estendem também aos árbitros. Dessa forma, assim como não compete ao Judiciário substituir, pelas suas, as opções legítimas da Administração Pública no exercício de atribuições discricionárias, tampouco o árbitro poder pretender algo semelhante.

Conclui-se, assim, que há um limite imposto às disputas que poderão ser resolvidas por meio da arbitragem: direitos patrimoniais disponíveis. A ANP, então, alega que a disputa com a Petrobras se trata de direito indisponível, limitado pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual é inarbitrável, como discorrido abaixo.

2.1.2 Indisponibilidade do direito controvertido entre as partes

O cerne da argumentação da ANP é de que o campo de exploração de petróleo é patrimônio público da União, conforme art. 20, V e IX da Constituição

Federal,² e, portanto, indisponível. Desse modo, embora o art. 43, X da Lei nº 9.478/1997³ permita a previsão de cláusulas arbitrais nos contratos de concessão de petróleo e gás, o alcance da arbitragem é limitado pela indisponibilidade do patrimônio público.

Na jurisprudência, a ANP traz em sua argumentação diversas decisões do Tribunal de Contas da União que decidem pela inarbitrabilidade de qualquer disputa envolvendo a Administração Pública, como os acórdãos nºs 188/1995, 584/2003, 537/2006 e 2573/2012. Além dos citados pela ANP, é possível encontrar esse entendimento também nos acórdãos 215/2004, 906/2003 e 587/2003, todos do TCU.

Entretanto, embora a ANP reconheça que esse entendimento já não persiste mais, no caso concreto, alega que as decisões do TCU são aplicáveis. Isso porque o principal motivo das decisões do TCU pela inarbitrabilidade faz menção aos direitos que não são transacionáveis pela Administração Pública.

É possível encontrar, na doutrina, diversas críticas à aplicação do entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da sua concepção sobre direitos patrimoniais indisponíveis para Administração Pública.

Flaviana Bissoli e José Luiz de Almeida Simão elencam três fatores principais que fundamentam o entendimento do TCU sobre a impossibilidade da arbitragem com entes administrativos (BISSOLI; SIMÃO, 2016, p. 195). Primeiro, pela inexistência de autorização legislativa expressa que permita a instituição da arbitragem. Claro que as decisões do TCU são anteriores a 2015, de modo que esse argumento é facilmente contestado com a reforma da lei arbitral.

Segundo, o princípio da confidencialidade na arbitragem vai de encontro com o princípio da publicidade cogente à Administração Pública. Efetivamente, um dos grandes pilares da arbitragem é a confidencialidade, o que vai em contrassenso do dever de transparência da Administração Pública. Embora não objeto da presente pesquisa, é possível identificar debate nesse sentido e encontrar meios pelos quais a Administração Pública pode se manter transparente, mesmo utilizando a arbitragem, conforme explicado por Paulo Osternack Amaral (AMARAL, 2016, p. 48-50) e José Miguel Júdice (JÚDICE, 2016, p. 297-312).

² “Art. 20: São bens da União:

[...]

V – Os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

[...]

IX – Os recursos minerais, inclusive os do subsolo.”

³ “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

[...]

X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional; [...].”

Por fim, a arbitragem não seria possível, de acordo com o entendimento do TCU, devido a indisponibilidade de direitos pelo Estado (BISSOLI; SIMÃO, 2016, p. 195).

Assim, a ANP conclui que a disputa entre as partes se trata de direito indisponível da Administração Pública e, diante disso, o Tribunal Arbitral se vê incompetente para julgar o feito.

Deste modo, argumenta a ANP que “não há como ser endereçado à arbitragem um litígio que demande, no primeiro momento, a eleição da interpretação correta de um dispositivo de lei nacional e, subsequentemente, como decorrência do primeiro, dos limites em concreto de um campo de exploração de petróleo, acerca dos quais o contrato nem sequer dispõe” (BAPTISTA, 2017, p. 262).

Passa, também, à argumentação de inarbitrabilidade do controle de legalidade dos atos administrativos, em razão da indisponibilidade do direito. O ponto de vista da ANP é de que a RD 69/2014 tratou sobre patrimônio público e, deste modo, o tribunal arbitral não tem competência para realizar o controle do ato administrativo, considerando que a arbitragem só poderá tratar de direitos disponíveis. Para fundamentar tal conclusão, junta doutrina do português José Luís Esquível (ESQUÍVEL, 2004, p. 200-201). O autor discorre que os ordenamentos jurídicos de Portugal, Espanha, Alemanha e França não permitem que um tribunal realize o controle de ato administrativo, conforme pleiteado pela Petrobras que o tribunal arbitral brasileiro o faça.

Portanto, do ponto de vista da ANP, para que a disputa fosse arbitrável, “deveria situar-se em zona do contrato que a Administração tivesse estatuído, como qualquer particular, em condição de paridade de armas com o concessionário e, ainda, dissesse respeito à cláusula irrelevante para a satisfação do interesse finalístico da sociedade” (BAPTISTA, 2017, p. 265).

Deste modo, requer ao STJ que reconheça a inarbitrabilidade da disputa que surge entre a ANP e a Petrobras, anulando o procedimento arbitral já iniciado pela Petrobras e remetendo a disputa à Justiça Federal do Rio de Janeiro, defendida como o foro competente.

Entretanto, essa argumentação não foi aceita pelo STJ, embora havendo voto favorável à ANP, declarando a incompetência do Tribunal Arbitral. A seguir, analisa-se os votos dos ministros e ministras do STJ para entender o contraponto e fundamento para que um tribunal arbitral possa realizar o controle de ato administrativo discricionário.

3 Votos dos Ministros do STJ

Ao passo que a ANP se opôs à arbitragem, a Petrobras, por sua vez, tinha interesse em cumprir a cláusula arbitral do contrato de concessão e se viu vinculada

à arbitragem. A argumentação da Petrobras foi em sentido contrário à ANP, naturalmente. Alegou que a disputa entre as partes, na verdade, era eminentemente patrimonial e, portanto, plenamente arbitrável.

A decisão final do STJ foi pela arbitrabilidade da disputa e declarou o juízo arbitral competente, aceitando a argumentação da Petrobras. Por este motivo, não se analisará especificamente os argumentos da Petrobras, como feito em relação à ANP, vez que os votos dos ministros já englobam os fundamentos pelos quais houve declaração da competência do juízo arbitral.

Embora a decisão não seja unânime, tendo cinco votos a favor da competência do juízo arbitral e dois em favor da competência do Poder Judiciário, todos os ministros e ministras, independentemente do seu voto final, concordam que a RD 69/2014 envolve direito patrimonial disponível da Administração Pública. Deste modo, o ato administrativo discricionário é perfeitamente arbitrável, motivo pelo qual o Tribunal Arbitral tem competência para decidir sobre sua validade, realizando o controle do ato administrativo.

A seguir, analisar-se-á dois votos divergentes, do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho e da Ministra Regina Helena Costa. Embora a decisão do primeiro tenha sido pela competência estadual e da segunda pela competência arbitral, ambos concordam que o ato administrativo da ANP é eminentemente patrimonial e arbitrável.

3.1 Voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho

O Ministro Relator proferiu voto pelo conhecimento do conflito de competência e declarou a competência para análise da validade do ato administrativo discricionário da Justiça Federal. Entretanto, o fundamento para sua decisão não decorreu da inarbitrabilidade do ato administrativo da ANP, mas pela falta de consentimento do Estado do Espírito Santo. Assim, todos os ministros do STJ concordam que atos administrativos que envolvam direitos patrimoniais são arbitráveis.

Logo de início, na ementa ao voto, o Ministro Relator afirma que “a suposta indisponibilidade dos direitos concedente à delimitação de campo de petróleo, sustentada pela Justiça Federal para afastar o feito da competência da Justiça Privada, não se mantém, verificando-se do bojo dos autos seu caráter eminentemente patrimonial [...]” (MAIA FILHO, 2017, p. 13). Aos olhos do Ministro Relator, discute-se nos autos dois pontos cruciais para a determinação da competência para realizar o controle do ato administrativo: (i) a arbitrabilidade da disputa e (ii) a viabilização da defesa dos interesses do Estado do Espírito Santo, não signatária da cláusula arbitral.

Referente ao primeiro tópico, o Ministro Relator conceitua direito indisponível como aquele que impõe limites à vontade do próprio titular. Assim, é indisponível

à Administração Pública aquilo que não poderá ser transacionado, seja por lei ou natureza inalienável (MAIA FILHO, 2017, p. 18).

À luz do conceito de indisponibilidade para Administração Pública, conclui-se que a RD 69/2014 não envolve direito indisponível, pois a unificação dos campos de petróleo determinada pelo ato administrativo não é medida indisponível ou de caráter indisponível à ordem pública. Por mais de quinze anos, a Contrato de Concessão entre a Petrobras e a ANP considerou o campo de exploração como sete campos distintos. Anos depois, a ANP, por discricionariedade e com intenção de aumentar o rendimento do Estado, decide unificar os campos em um só. Desse modo, não há nada de direito patrimonial indisponível na RD 69/2014.

Assim, o conceito de arbitrabilidade objetiva do artigo 1º da Lei Brasileira de Arbitragem está caracterizado. O Ministro Relator, diante desses fundamentos, decidiu que o problema não reside na arbitrabilidade do ato administrativo, mas sim na defesa dos interesses do Estado do Espírito Santo.

Embora não objeto do presente artigo, cabe esclarecer que o único motivo pelo qual o Ministro Relator votou pela competência da Justiça Federal foi pela impossibilidade de incluir o Estado do Espírito Santo, que tem interesse na disputa, no procedimento arbitral. Utilizou a redação do artigo 4º da Lei Brasileira de Arbitragem,⁴ o qual determina que só poderá participar do procedimento arbitral aquele que expressou consentimento à cláusula compromissória.

Uma vez que o Estado do Espírito Santo não é parte no Contrato de Concessão firmado entre a ANP e a Petrobras, não houve consentimento expresso à cláusula arbitral contida no contrato. Deste modo, o STJ não poderá obrigar o Estado do Espírito Santo a participar da arbitragem contra sua vontade, restando competência ao Poder Judiciária para viabilizar e ouvir a defesa do Estado.

Ao final, diante do cerceamento de defesa do Estado do Espírito Santo no âmbito do procedimento arbitral já instalado, o Ministro Relator decidiu pela competência do Poder Judiciário (MAIA FILHO, 2017, p. 22). Junto ao Ministro Relator, o Ministro Benedito Gonçalves também concordou com a competência da Justiça Federal, pelos mesmos fundamentos já expostos.

Os outros cinco ministros e ministras da Primeira Seção do STJ, entretanto, não concordaram com o Ministro Relator e acompanharam o voto da Ministra Regina Helena Costa. A seguir, analisar-se-á os argumentos e considerações do voto da maioria dos Ministros através do voto da Ministra Regina Helena Costa.

⁴ “Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

3.2 Voto da Ministra Regina Helena Costa

Em um voto muito mais elaborado, a Ministra Regina Helena Costa traz uma fundamentação robusta sobre a doutrina e jurisprudência acerca do tema discutido no caso. Ao final, explica que, ao contrário do voto do Ministro Relator, a juízo arbitral tem competência para realizar o controle do ato administrativo discricionário da ANP. Ainda, explica porque a jurisdição arbitral não retira a viabilidade da manifestação do Estado do Espírito Santo.

Semelhante ao voto do Relator, a Ministra concorda que a RD 69/2014 da ANP envolve direito eminentemente patrimonial e disponível. O ato administrativo alterou unilateralmente o Contrato de Concessão entre a Petrobras e a ANP ao unificar os sete campos de petróleo explorados pela empresa. Essa unificação aumentou o *Government Take* de 49,8% para 58,8%. Portanto, a RD 69/2014 apenas aumentou a arrecadação da Administração Pública em cerca de 10%, trazendo a noção de direito patrimonial à disputa.

Ainda, a unificação não é obrigatória, ou seja, não seria necessário para que a Petrobras explorasse os campos de petróleo. Até porque, desde 1998, a Petrobras explora os campos de petróleo sem maiores dificuldades. A unificação é um ato discricionário da ANP, o que acarretou um ônus de R\$2 bilhões de reais à concessionária. Assim, traz a noção de direito disponível, vez que não envolve questões de ordem pública ou demais regras cogentes à Administração Pública.

Para chegar a esta conclusão, a Ministra se debruça na doutrina nacional nos conceitos e entendimentos sobre disputas arbitráveis que envolvem a Administração Pública. Todos, sem exceção, defendem que é perfeitamente possível a Administração Pública participar de um procedimento arbitral, desde que envolva direito patrimonial disponível, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Eros Roberto Grau e Marçal Justen Filho.

Ainda, analisa a jurisprudência dos tribunais superiores que concretizam o entendimento doutrinário acerca da arbitrabilidade subjetiva e objetiva da Administração Pública, como no Caso Lages, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 1973.

Referente à possibilidade da inclusão do Estado do Espírito Santo na arbitragem, a Ministra comenta que, apesar de ser perfeitamente possível o chamamento de terceiros aos procedimentos arbitrais, isso deverá ser decidido pelo próprio Tribunal Arbitral, uma vez que apenas este tem competência. Portanto, não cabe, neste momento, ao STJ analisar a questão do consentimento, ou não, do entre federativo.

Além do mais, a própria cláusula compromissória do contrato determina expressamente que o Tribunal Arbitral decide sobre a “necessidade ou desnecessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral”.

O Tribunal Arbitral analisará certamente sobre a inclusão do Estado do Espírito Santo na arbitragem. Se for o caso, o ente federativo poderia buscar a anulação da sentença arbitral posteriormente por desrespeito aos seus direitos. Mas, neste momento, caberia apenas aos Ministros determinarem a competência arbitral.

Junto com a Ministra, acompanharam este entendimento o Ministro Mauro Compbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria. Com estes votos, ficou decidido pela Primeira Seção do STJ que o juízo arbitral detém a competência para analisar a validade do ato administrativo discricionário da ANP.

4 Considerações finais

A arbitragem com a Administração Pública cresce a cada dia no Brasil e evolui, para melhor, conforme o tempo. Decisões bem fundamentadas, debatidas e decididas com autoridade pelo Judiciário melhora o funcionamento e traz boas impressões, nacional e internacionalmente.

Citando um voto da Ministra do STJ Maria Isabel Gallotti, proferido em 2001, “o convívio harmônico dos Juízes Arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem”.

Há que destacar que o STJ é bastante favorável à instituição da arbitragem. Inclusive, pode-se considerar casos sobre o tema da obrigatoriedade da cláusula arbitral inserida em contratos administrativos, como REsp nº 616/RJ e REsp nº 712.566/RJ. Neste último, a Ministra Nancy Andrichi menciona que o desrespeito à cláusula arbitral pode acarretar à empresa brasileira prática de ato desleal por descumprimento do que foi pactuado.

Assim, não resta dúvida da importância do caso analisado acima. Pela primeira vez, o STJ reconheceu que o controle de ato administrativo discricionário não se dá apenas no Poder Judiciário, mas, desde que envolva direito patrimonial e disponível, é possível ser realizado por um Tribunal Arbitral.

Certamente, os efeitos dessa decisão serão percebidos ao longo do tempo e a importância será reconhecida em mais e mais casos. Por ora, resta à comunidade jurídica comemorar um entendimento racional dos institutos da arbitragem e as aplicações práticas da doutrina na jurisprudência.

The objective arbitrability of the discretionary administrative act in light of the STJ's understanding

Abstract: This article aims to thoroughly analyze the STJ's decision in the context of the dispute between Petrobras and ANP regarding the objective arbitrability of a discretionary administrative act and the competence of the arbitral tribunal to control the administrative act. The losing vote of the Reporting Minister and the outgoing vote of Minister Regina Helena Costa are analyzed, as well as ANP's arguments for the disputes non-arbitrability. Certainly, the decision is historical and will be used as a precedent over time.

Keywords: Objective arbitrability. Discretionary administrative act. Available equity right.

Referências

- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Aspectos Processuais, Medidas de Urgência e Instrumentos de Controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Arbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. *Revista de Direito Administrativo*. V. 275, p. 251-318. Rio de Janeiro, mai/pago., 2017.
- BISSOLI, Flaviana; SIMÃO, José Luiz de Almeida. Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2019*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 289-295.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 139.519/RJ*. Suscitante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Suscitados: Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – ICC e Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 11 out. 2017. Publicação: 10 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.331.100/BA*. Recorrente: Kieppe Participações e Administração LTDA. Recorrido: GRAAL Participações LTDA. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 22 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 616/RJ*. Recorrente: Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro. Recorrido: AS Ivarans Rederi. Relator: Min. Gueiros Leite. Julgamento: 27 fev. 1991. Publicação: 01 abr. 1991.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 712.566/RJ*. Recorrente: Espal Representações e Conta Própria LTDA. Recorrido: Wilhelm Fette GMBH. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 27 set. 2005. Publicação: 10 out. 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Interno nº 52.181*. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Renaud Lage e outros. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgamento: 14 nov. 1973. Publicação: 15 fev. 1974.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 215/2004*. Autos nº 010.139/2002-0. Natureza: Prestação de Contas. Entidade: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Relator Min. Ubiratan Aguiar. Julgamento: 10 mar. 2004.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 906/2008*. Autos nº 004.982/2003-8. Natureza: Representação. Entidades: Superintendência Regional do Dnit em Goiás. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Julgamento: 21 maio 2008.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 587/2003*. Autos nº 004.031/2003-0. Natureza: Levantamento de Auditoria. Entidade: Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes. Relator: Min. Adylson Motta. Julgamento: 28 maio 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- JÚDICE, José Miguel. Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015). In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2019*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 297-312.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2019*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Arbitrabilidade Objetiva e Subjetiva. Histórico e Situação Atual. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Arbitragem e Administração Pública: Temas Polêmicos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. Versão digital. [s.p.].

VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. Principle of Kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 4, v. 15, p. 142, out./dez. 2007.

VITA, Jonathan Barros. O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a arbitragem e o poder público. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

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

HENRIQUE NETO, Kauê; REIS, Luciano. A arbitrabilidade objetiva do ato administrativo discricionário à luz do entendimento do STJ. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 147-161, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.8.
