

**A NECESSIDADE DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS REGULAMENTAR O ARTIGO 27 E SEU PARÁGRAFO
ÚNICO DA LEI Nº 9.478/97 EM VIRTUDE DE SUAS DIVERGÊNCIAS
HERMENÊUTICAS E ATUAL INAPLICABILIDADE**

Samuel Max Gabbay
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
samuelgabbay@hotmail.com

Mestra Patrícia Borba Vilar Guimarães
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN
patriciaborba@ig.com.br

RESUMO

A Arbitragem é muito utilizada no âmbito da indústria do petróleo uma vez que representa um grande atrativo aos investidores que atuam neste ramo e possibilita para estes que as disputas decorrentes dos contratos de concessão sejam solucionados de forma célere e imparcial por especialistas no tema. Neste sentido, o artigo 27 da Lei do Petróleo preceitua: no caso de jazidas contíguas as partes devem acordar sobre a exploração da mesma ou, em caso de não haver acordo, utilizarem-se da arbitragem quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, em prazo máximo fixado pela ANP, cabendo a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos. Contudo, o dispositivo legal evidenciado não vem sendo utilizado por falta de regulamentação própria e em decorrência das divergências hermenêuticas apresentadas pelos juristas que analisaram o dispositivo legal. Em que pese as opiniões apresentadas, as mesmas não nos parece adequada ao caso, pelos argumentos a serem demonstrados no presente trabalho, sendo defendido neste ensaio a interpretação literal do dispositivo legal analisado. Por fim, defendemos independente do posicionamento interpretativo adotado, a necessidade da ANP regulamentar a matéria, com o fito da norma disposta na Lei do Petróleo ter validade e eficácia. A fim de investigar o tema proposto, fez-se uso de uma metodologia teórico-comparativa e de uma investigação científica, analisando o instituto da arbitragem, com ênfase na incidência da mesma na Indústria do Petróleo, com especial atenção ao parágrafo único do art. 27 da Lei do Petróleo. Ainda, se buscou as diversas interpretações feitas do referido dispositivo, analisando-as criticamente com o intuito de encontrar a leitura mais adequada do tema.

Palavras-Chave: Lei do Petróleo. Arbitragem. Unitização. Hermenêutica.

**THE NEED OF THE AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS TO REGULATE THE ARTICLE 27 AND ITS SINGLE
PARAGRAPH OF THE 9478/97 LAW DUE TO ITS HERMENEUTIC DIFFERENCES AND
CURRENT INAPPLICABILITY**

ABSTRACT

The Arbitration is well utilized by the petroleum industry once it represents a attractive to the investors that act in this business and makes possible for those that the disputes from concession contracts be solved in a fast and impartial manner by theme specialists. In this sense, article 27 of the petroleum law dictates that: in case of contiguous fields the parts must agree about its exploitation or, in case there is no agreement, use the arbitration when it is about fields that are extensive to neighboring blocs, where distinct concessionaries act, in the maximum term

determined by ANP, it is up to ANP to determine, based on the arbitration report, how will the rights be and obligations be appropriated about the blocs. However, the mentioned legal measure has not been used due to the lack of own ruling and because of the hermeneutical divergences presented by jurists that analyzed the legal provision. As to the presented opinions, they do not seem adequate to the case, for the arguments to be demonstrated in this paper, it is defended the literal interpretation of the analyzed legal provision. In conclusion, we defend that, no matter the adopted interpretative position, the need for ANP to rule the matter, with the objective of the rule shown in petroleum law have validity and effectiveness. In order to investigate the proposed theme, we used a theoretical-comparative measure of an scientific investigation, analyzing the arbitration institute, with emphasis on the incidence of the same Petroleum industry, with special attention to the only paragraph of the article 27 of the Petroleum law. Still, different interpretations of the mentioned provision were searched, critically analyzed in order to find the most adequate reading of the theme.

Keywords: Petroleum law. Arbitration. Unitization. Hermeneutic.

Área Temática: Indústria do Petróleo.

1 INTRODUÇÃO

Transcorridos onze anos da criação da Lei do Petróleo, podemos constatar que a mesma ainda é um incipiente casuístico que não foi regulamentada adequadamente em seus institutos, como é o caso utilização da arbitragem no caso de jazidas contíguas, razão pela qual o instituto não vem sendo utilizado na referida Indústria.

Contudo, o instituto da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias é muito utilizado no âmbito da indústria do petróleo, uma vez que representa um grande atrativo aos investidores que atuam neste ramo e possibilita para estes que as disputas decorrentes dos contratos de concessão sejam solucionados de forma célere e imparcial por especialistas no tema.

Neste sentido, o artigo 27 da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) que preceitua:

no caso de jazidas contíguas as partes devem acordar sobre a exploração da mesma ou, em caso de não haver acordo, utilizarem-se da arbitragem quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, em prazo máximo fixado pela ANP, cabendo a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos.

Contudo, o dispositivo legal evidenciado não vem sendo utilizado por falta de regulamentação própria e em decorrência das divergências hermenêuticas apresentadas pelos juristas que analisaram o dispositivo legal, quais sejam: a palavra “laudo arbitral” significa “laudo pericial”; a inconstitucionalidade do dispositivo legal em análise, uma vez

que não poderia haver arbitragem obrigatória das partes envolvidas, ante a inexistência de cláusula compromissária entre os concessionários envolvidos; que o caso não se tratar da hipótese de arbitragem obrigatória, mas sim de uma simples recomendação; que a Agência Nacional de Petróleo atuaria como árbitra nesses casos, visando à proteção do interesse público; que inexistente possibilidade de arbitragem no caso de individualização de produção em jazidas contíguas (unitização), uma vez que, só é permitido o instituto da arbitragem nos casos de direitos disponíveis (Lei 9.307/96, art. 1º) e as jazidas de petróleo pertencem à União, tão somente passando a propriedade do concessionário quando retirado o petróleo da jazida, sendo portanto um direito indisponível.

Em que pese as opiniões dos especialistas na temática, as mesmas não nos parece adequada ao caso. Diante do fato de nenhuma das visões apresentadas acerca da matéria ter respondido satisfatoriamente à questão, foi elaborada uma nova visão hermenêutica acerca do tema, na qual se defende uma aplicação literal do disposto em lei.

Para defender o posicionamento evidenciado, se buscou uma análise da impropriedade interpretativa de cada um dos posicionamentos supramencionados, se demonstrando, por fim, que a interpretação literal do dispositivo em análise é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio.

O presente trabalho busca analisar as visões hermenêuticas trazidas acerca da questão, asseverar a visão que se tem sobre a temática, bem como alertar acerca da necessidade de se regulamentar a matéria, com o fito de acabar com as especulações interpretativas que estão fazendo do dispositivo em análise ineficiente e inaplicável.

2 METODOLOGIA

A fim de investigar o tema proposto, fez-se uso de uma metodologia teórico-comparativa e de uma investigação científica, analisando o instituto da arbitragem, com ênfase na incidência da mesma na Indústria do Petróleo. Ato contínuo observou-se os dispositivos legais da Lei do Petróleo relativos à arbitragem com especial ênfase no parágrafo único do art. 27 da Lei do Petróleo e buscaram-se as diversas interpretações feitas do referido dispositivo.

Seguidamente, analisaram-se criticamente os diversos posicionamentos hermenêuticos que analisam o dispositivo supramencionado com o intuito de encontrar a leitura mais adequada do tema. Nesta etapa do trabalho, percebeu-se que nenhuma das visões sobre o tema respondia satisfatoriamente à questão, sendo, portanto, evidenciado a necessidade da ANP regulamentar a matéria para que o parágrafo único do art. 27 da Lei do Petróleo possa ter eficácia e ser aplicado ou ainda, que o referido dispositivo legal seja questionado em juízo para que o mesmo possa ser extirpado do sistema jurídico, se for o caso.

3 DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL

A Arbitragem é atualmente o meio de solução de controvérsias mais utilizado no âmbito do Comércio Internacional, e na Indústria do Petróleo a via arbitral também vem adquirindo posição de destaque. Isto decorre, principalmente, das previsões estabelecidas no âmbito da Lei nº 9.478/1997, denominada Lei do Petróleo, como depreendido dos artigos 20, art. 27, parágrafo único e art. 43, X. Ademais, tem-se ainda a adoção de cláusulas compromissárias no âmbito dos contratos de concessão para exploração de petróleo.

Em verdade, a estipulação do meio arbitral para solução de conflitos representa um grande atrativo aos investidores que atuam na indústria do petróleo, por estes terem a possibilidade de ter as disputas decorrentes destes contratos solucionados por meio neutro e imparcial, fora do âmbito judiciário, por especialistas no tema, garantindo, desta feita, maior segurança ao investidor estrangeiro.

A celeridade, como sabido, também representa um fator positivo, em razão dos altos investimentos envolvidos nestes contratos. Ademais, a referida celeridade contribui para a diminuição dos custos envolvidos. Desta feita, mesmo que a arbitragem seja conhecida por seus altos custos, em comparação com o que se gastaria em anos de litígio, a relação tempo *versus* custos *versus* benefício ainda é positiva em favor da via arbitral. Mais importante, há o argumento de razão prática, já que com a via arbitral se poderia escolher especialistas da indústria do petróleo como árbitros, sendo esta uma grande vantagem em

relação ao processo judicial, em que o juiz deve conhecer as mais distintas áreas e mormente, não apresentam conhecimento específico e nem técnico sobre a indústria do petróleo, majoritariamente desconhecendo conceitos que lhe são elementares, como o de unitização, cuja criação deu por adaptação do conceito americano de "unitization"¹.

Não é demasiado dizer que, no campo da arbitragem, prevalece a autonomia da vontade das partes contratantes praticamente em todos os seus aspectos, reconhecendo-se a ampla liberdade para as partes escolherem a lei que melhor atenda aos seus interesses. No entanto, na indústria petrolífera, por tratarmos de um contrato administrativo de concessão, as partes ficam vinculadas à estipulação do contrato de concessão, desta feita, por previsão contratual, as partes devem utilizar como parâmetros as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem de Comércio Internacional e, em consonância com as previsões estabelecidas no bojo do próprio contrato de concessão, que se frise, é de adesão.

Atualmente, o referido contrato de concessão de Blocos Exploratórios utilizado na nona rodada de licitações não adentra na discordância quanto a reprodução do Artigo 27 da Lei do Petróleo, prevendo o juízo arbitral nos casos de controvérsia em que não houver solução pacífica, ignorando, assim, as regras pertinentes à Arbitragem em caso de unitização, conforme pode se perceber por sua mera leitura.

Na Cláusula Décima - Segunda do contrato de concessão em análise, que diz respeito ao tema de Unificação de Operações, tem-se a exposição dos regramentos nos casos de uma jazida se estender para além da Área de Concessão (a já antes denominada Unitização). No referido Capítulo do contrato, onde se deveria aclarar a disposição normativa da lei do petróleo sobre arbitragem no caso de unitização, encontra-se uma lacuna contratual, pois o referido instrumento particular dispõe prioritariamente sobre a composição amigável da celeuma, sobre as sanções indiretas para celebração do acordo e, no que diz respeito à não celebração do acordo, se limita a reproduzir o Parágrafo Único, do artigo 27 da Lei nº 9.478.

Neste ponto, diante da situação lacunosa do Contrato de Concessão, e da dubiedade da Lei do Petróleo no caso de não haver acordo acerca da individualização da

¹ Marilda Rosado (2003, p. 186) define *unitization* – ou tradução para o português unitização – como gerenciamento coordenado de todas ou algumas partes de um reservatório de óleo e gás pelos proprietários das áreas ou blocos situados sobre o reservatório. Segundo a autora, a literalidade especializada considera que esses acordos de cooperação são freqüentemente a única solução para se conseguir a recuperação máxima de um campo petrolífero através da operação

produção, cabe agora evidenciar as posições hermenêuticas mais utilizadas ao caso para, seguidamente, conforme elementos postos, se analisar qual solução jurídica adequada ao caso.

4 DIVERGÊNCIAS HERMENÊUTICAS QUANTO À UNITIZAÇÃO PELA VIA ARBITRAL

Prima facie, cabe insculpir que os estudiosos que se detiveram a um estudo do Parágrafo Único do Artigo 27 não concordam que a leitura literal do artigo em questão inspire a solução adequada ao caso, uma vez que, eles não concordam que a solução por arbitragem não seja terminativa, devendo à Agência reguladora do setor decidir sobre o impasse quanto à Unitização, tão somente baseado e não vinculado ao laudo arbitral. Paripasso, cada um dos estudiosos enveredou por caminho diverso sobre o tema, sendo as opiniões dos mesmos sobre o tema aqui esposado. De antemão, deve-se destacar que não nos vinculamos a nenhum dos entendimentos aqui esposados, conforme se demonstrará.

Ou, como bem assevera Carmen Tibúrcio (2005, P. 627), a ver:

A interpretação literal do parágrafo único do art. 27 conduz à conclusão de que o legislador previu a arbitragem como meio capaz de resolver as controvérsias dos concessionários que não foram capazes de chegar a um acordo de individualização da produção.

O doutrinador José Alberto Bucheb (2002, p. 31-32) sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo legal em análise, uma vez que não poderia haver arbitragem obrigatória das partes envolvidas, ante à inexistência de cláusula compromissária entre os concessionários envolvidos, no dizer do referido doutrinador:

[...] porque não há vínculo contratual entre os concessionários dos blocos contíguos pelos quais se entende a jazida a ser objeto de individualização de produção de petróleo, mas sim contratos distintos, celebrados por cada concessionário com o poder concedentes, neste caso a união, representada pela ANP.

Sustenta ainda o estudioso que não existindo cláusula compromissária entre as partes integrantes da controvérsia, uma eventual arbitragem haveria de ser instituída por meio de compromisso arbitral, o que não poderia ser imposto, sob pena de se ferir o

princípio do livre acesso ao poder judiciário, insculpido no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal. Para melhor compreensão do exposto, deve-se aclarar que cláusula compromissária é, conforme a lei de arbitragem, 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” e compromisso arbitral, por sua vez, seria “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem, de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Data Vênia a opinião supramencionada, acreditamos que o contrato de concessão é um contrato típico da administração, sofrendo, com isso, a incidência de normas especiais de direito público, só lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado, como expresso no art. 54 da Lei nº 8.666/1993. Ou seja, a administração pública exerce posição de supremacia em relação ao contrato.

Acerca do tema, dispõe José dos Santos Carvalho Filho (2001, p. 293) que:

Como corolário da preponderância do Estado nos contratos administrativos, incidem na concessão as cláusulas de privilégio, ou exorbitante, que são certas prerrogativas expressamente atribuídas ao Estado nos contratos administrativos.

Ademais, o pretense concessionário da exploração da atividade petrolífera, ao participar de uma das rodadas de licitação, em tese o mesmo tem conhecimento da cláusula da lei do petróleo e do contrato de concessão que prevêem a possibilidade dele vir a entrar em uma arbitragem com algum outro concessionário, e, ao aceitar as condições estabelecidas, acaba aquiescendo com esta situação.

Ainda, o próprio contrato de concessão, assinado pelos concessionários, traz em seu bojo meios coercitivos indiretos para coibir a não transação da exploração de jazidas contíguas juntamente com a recusa de se utilizar a arbitragem. Uma vez que, o mesmo dispõe em sua Cláusula Décima-Segunda (tirando como base o contrato da nona rodada de licitações), em seu ponto 18, dispõe que “A recusa de qualquer das partes em firmar o Acordo de Individualização da Produção implicará a rescisão do Contrato”.

Pois bem, o acordo de individualização de produção poderá surgir através de um laudo arbitral ou de uma transação entre as partes envolvidas e por razões práticas e óbvias as partes preferem se submeter a fazer um acordo ou recorrerem a arbitragem do que perder as respectivas áreas de concessão e os investimentos de vários milhões. Ou seja, o próprio

contrato de concessão em que os concessionários aderiram traz previsão de cláusulas e condições exorbitantes que o particular que deseja explorar a atividade e estes resolveram aderir ao referido contrato, devendo prevalecer assim àquilo que for acordado.

Carmen Tibúrcio e Suzana Medeiros (2005), por sua vez, após ponderarem ser uma contradição da literalidade da lei com a principal característica do instituto da arbitragem, que é a de que os árbitros proferem uma decisão final para as partes – a sentença arbitral -, que não está sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 18 da Lei de Arbitragem.

Após tal consideração, as mesmas afirmam fazer uma interpretação do dispositivo conforme a Constituição e vislumbram uma espécie de mecanismo decisório no âmbito da própria agência reguladora, que se basearia, conforme as autoras, numa espécie de laudo pericial, que na lei teria sido chamado erroneamente de laudo arbitral. Desta feita, poder-se-ia entender que a ANP se valeria da ajuda de um perito, que avaliaria todas as questões técnicas envolvidas da individualização da produção, e preferiria um laudo pericial, que poderia ser seguido ou não pela ANP. No mesmo sentido das autoras, destaque-se a citação de Selma Ferreira Lemes (1999, p. 204), a ver:

Verificamos que apesar de o artigo [27, parágrafo único da Lei do Petróleo] mencionar que a decisão da ANP será respaldada em ‘laudo arbitral’, na verdade, está a se referir à figura do arbitramento e não da arbitragem. O que instruirá a decisão da ANP é um parecer técnico e não uma sentença arbitral. (...) o arbitrador ou perito emite opinião sobre matéria de fato cuja finalidade é servir, auxiliar e informar o juiz ou julgador; não resolver a controvérsia.

Como bem afirma o procurador da ANP, Marcelo Emerciano Pimenta², em competente parecer sobre o tema, acreditamos que esta posição hermenêutica “não nos parece que o melhor caminho para salvar a aplicação do dispositivo seja simplesmente – como se isto, aliás, fosse simples! - enxergar na expressão ‘laudo arbitral’ a expressão ‘laudo pericial’, sentido este que o faria conforme à Constituição Federal.”

Continua o referido parecerista explicitando que:

Bem diferente, no entanto, é a hipótese de, a pretexto de realizar tal interpretação, criar, na Lei, um sentido que nem de longe se aproxima daquele que possa ter sido pretendido pelo legislador. Afinal, laudo

²EMERCIANO, Marcelo Pimenta. Nota PRG nº 489/2008. Assunto: Interpretação do Artigo 27, parágrafo único da Lei nº 9.478/97. Trata de consulta realizada pelo Grupo de Trabalho instituído pela ANP, através da Portaria nº 147, de 02/06/2008, com vistas à definição de parâmetros para orientação da elaboração de acordo de individualização da produção, conforme previsto pelo artigo 27 da Lei do Petróleo e da Cláusula Décima Segunda dos Contratos de Concessão. Parecer elaborado em 08 de agosto de 2008.

arbitral era uma expressão corrente e usada entre nós há anos, ao passo que o ‘arbitramento’ e a ‘peritaje arbitral’ ... são institutos disciplinados apenas em legislação estrangeira.

Ainda, em brilhante reflexão sobre o tema, Pimenta³ dispõe:

... parece-nos impróprio afirmar que um dos sentidos possíveis para a expressão ‘laudo arbitral’ é ‘laudo pericial’. Lembremo-nos que tal expressão não surge, desta forma, em outros pontos da Lei nº 9.478/97, e que a interpretação conforme faz-se dentro dos sentidos normativos possíveis para a expressão. É lugar comum atestar que a interpretação literal é a mais pobre entre todas, mas é ela que confere ao intérprete as fronteiras para seu espaço de investigação quanto ao possível sentido da norma. Ademais, como já vimos, parece razoável supor que o legislador tomou esta expressão referindo-se ao que, hoje, é uma sentença arbitral.

De fato, ao investigarmos o sentido que se pode atribuir, hoje, à expressão laudo arbitral, presente na Lei nº 9.478/97 (lei do petróleo), não devemos nos esquecer – como se verifica ser usual entre os doutrinadores que examinam a questão – que a Lei do Petróleo iniciou sua vigência menos de um ano após a Lei nº 9.307/96 (lei de arbitragem, também denominada Lei Marcos Maciel). Ora, até que a Lei nº 9.307/96 revogasse os correspondentes artigos do Código de Processo Civil, era a laudo arbitral que se referia esta lei para denominar ao que hoje chamamos sentença arbitral. Uma interpretação histórica do artigo 27, parágrafo único, da Lei nº 9.478/97, apontaria para o fato de que, em princípio, o laudo arbitral a que se refere é o que hoje temos como sentença arbitral.

Jorge Antonio Pedroso Júnior (2004) entende que restaria ao parágrafo único do artigo 27 da Lei do Petróleo, então, ser aplicado de forma supletiva, ou seja, mediante ausência de acordo das partes envolvidas, por meio da interferência direta, visando à proteção do interesse público.

O supramencionado estudioso cita o direito alienígena, trazendo as explicações de Bernard Taverne (1996, p. 81-82) discorrendo que conforme o autor inglês, de igual forma ocorre em outros países, citando como exemplo o Reino Unido, no qual a autoridade governamental concede um prazo determinado para apresentar um plano de desenvolvimento conjunto. Se tal plano não é apresentado no prazo estipulado, a autoridade

³ EMERCIANO, Marcelo Pimenta. Nota PRG nº 489/2008. Assunto: Interpretação do Artigo 27, parágrafo único da Lei nº 9.478/97. Trata de consulta realizada pelo Grupo de Trabalho instituído pela ANP, através da Portaria nº 147, de 02/06/2008, com vistas à definição de parâmetros para orientação da elaboração de acordo de individualização da produção, conforme previsto pelo artigo 27 da Lei do Petróleo e da Cláusula Décima Segunda dos Contratos de Concessão. Parecer elaborado em 08 de agosto de 2008

governamental elabora um plano, que deve ser justo e equitativo e, tão somente se os “concessionários” discordarem do plano a matéria será levada à arbitragem.

Para seguir a diretriz adotada pelo referido monografista, a ANP deveria atuar diretamente como arbitra para se chegar a uma solução adequada da controvérsia. Apesar da praticidade da idéia apresentada, a mesma deve ser analisada com alguma cautela, conforme iremos dispor.

Primeiramente, temos o princípio da legalidade que a administração pública, ao qual a ANP, como autarquia federal deve obedecer. Evidenciamos que não existe nenhuma previsão legal para que a referida autarquia especial possa atuar como corte ou juízo arbitral, sendo uma afronta aos princípios primordiais da administração que a legalidade seja desrespeitada, sendo o ato que assim o fizesse viciado e passível de anulação em juízo.

Ainda, o procedimento arbitral não condiz com a publicidade que rege a administração pública, conforme assevera Carmen Tibúrcio (2005, p. 622), a ver:

O sigilo próprio do procedimento arbitral, estaria comprometido, por ser uma arbitragem conduzida por uma agência reguladora – órgão da Administração Pública vinculado ao princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da CF).

Ademais, o art. 17 da Lei do Petróleo prevê que o processo decisório da ANP deverá obedecer ao princípio da publicidade. Ainda, o art. 18 da lei retro assinalada estabelece que as sessões deliberativas da Diretoria da ANP que se destinem a resolver pendências entre **agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão públicas**, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito delas de obter transcrições. Estas diretrizes legais vão de encontro ao instituto da arbitragem, conforme pode-se depreender do disposto por Carmen Tiburcio (2005, p. 623):

Adicionalmente, o caráter definitivo normalmente atribuído à decisão arbitral, eis que não é sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei nº 9.307/96), ficaria prejudicado com o fato de as decisões na esfera administrativa serem passíveis de revisão judicial, conforme conhecimento convencional. Ou então teríamos uma espécie excepcional de decisão administrativa irrecorrível, em virtude da natureza de laudo arbitral.

Acerca da possibilidade do Poder Judiciário rever os atos decisórios das agências reguladoras, com clareza dispõe Marçal Justen Filho (2002, p. 555), a ver:

O primeiro ponto reside na impossibilidade de impedir ao interessado a faculdade de invocar a tutela jurisdicional, independentemente do exaurimento da via administrativa. Mais do que isso, a própria decisão adotada pela agência não

apresenta cunho vinculante para o Judiciário, que poderá promover a ampla revisão dos atos praticados. A teoria do controle jurisdicional dos atos administrativos, segundo a configuração tradicional delineada pela doutrina e pela jurisprudência, incidirá sobre as decisões proferidas pelas agências a propósito de conflitos a elas submetidos.

Por fim, vale citar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara (2002, p. 154), contrário a prática da arbitragem pelas agências reguladoras, *in verbis*:

Resta, pois examinar se a agência reguladora pode se tornar uma corte arbitral (e, como previamente afirmado, a resposta a esta questão é negativa). O motivo dessa absoluta impossibilidade é, em verdade, bastante simples: a arbitragem é, por definição, uma atividade que se desenvolver à margem do Estado. É um método paraestatal (ou não-estatal) de composição de conflitos. [...] Ora, seria uma *contra-dictio int terminis* admitir que um método de resolução de conflitos alternativos ao processo estatal pudesse se desenvolver perante um órgão [...] estatal! Basta este fundamento para que se verifique o acerto da conclusão anteriormente exposta: as agências reguladoras não podem se tornar cortes arbitrais.

Desta feita, resta consubstanciado a impossibilidade da ANP atuar como arbitra.

Uma interpretação mais moderada do dispositivo legal em apreço é apresentada por Diana Amendoeira Maciel (2002, p.96), que defende o caso não se tratar da hipótese de arbitragem obrigatória, mas sim de uma simples recomendação a que as partes submetam a controvérsia à arbitragem caso não entrem em um acordo para a individualização da produção.

Contudo, o parágrafo único do artigo 27 da Lei do Petróleo é norma cogente⁴, apresenta verbo no imperativo, ou seja, a conduta é determinada estritamente pela lei, não podendo se desviada ou aplicada de acordo com a vontade do destinatário da lei. Desta feita, tem-se que a lei apresenta uma ordem ao aplicador do direito e não uma diretriz.

Outra posição hermenêutica que é digna de nota foi a que adotamos em outra oportunidade⁵, na qual defendíamos a impossibilidade jurídica da arbitragem no caso de

⁴ São normas que visam a impor-se à vontade dos seus destinatários, condicionando absolutamente a sua conduta e não permitindo a ocorrência de desvios ou alternativas ao regramento legal imposto. A vontade individual de optar é, nesses casos, de nenhuma valia e de nenhum efeito.

⁵ GABBAY, Samuel Max. Divergência Hermenêutica quanto à arbitragem nos casos de individualização de produção. 2008. Trabalho apresentado ao XIX Congresso de Iniciação Científica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2008. e GABBAY, Samuel Max. O Instituto da arbitragem aplicado à Indústria do Petróleo e Gás Natural e sua utilização no caso de jazidas contíguas. 2008. Trabalho apresentado ao Congresso de Iniciação Científica da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

jazidas contíguas em razão da jazida pertencer a união e só passar a titularidade do concessionário quando explorada, conforme melhor evidenciaremos.

Argumentávamos para defender este posicionamento que a lavra de petróleo constituía monopólio da União por força da Constituição Federal em seu artigo 177, I, contudo, essa atividade era cedida para exploração do particular, mediante contratos de concessões realizadas em rodadas de licitações. Assim, de acordo com o estipulado na Lei do Petróleo, bem como no contrato de concessão, ficava determinado que as jazidas de petróleo ainda continuariam sendo propriedade da União e, em contrapartida, o que viria a ser produzido se tornaria de propriedade do particular concessionário. Assim, criaríamos um interessante quadro, com o Petróleo antes de ser retirado da jazida sendo de titularidade da União, mudando de titularidade quando explorado. Com isto, apresenta-se a impossibilidade jurídica de instituir-se arbitragem no caso de jazidas contíguas, uma vez que só se permite a utilização do referido instrumento nos casos de direito disponível (Lei 9.307/96, art. 1º) e a propriedade da União, tais quais as jazidas de petróleo, seriam direitos indisponíveis.

Não nos filiamos mais a opinião que encabeçávamos, pois maturando o ideário supramencionado, percebemos uma atecnicidade no raciocínio desenvolvido, uma vez que, estávamos considerando que a arbitragem se daria em relação à jazida de petróleo que viria a ser explorada e a propriedade da mesma, contrario sensu do que acreditamos atualmente, pois nos parece que a arbitragem tratada pela lei do petróleo, em verdade, diz respeito ao direito de exploração da atividade econômica, a qual o concessionário ganhou a licitação. Ou seja, estariam dois particulares instituindo um juízo arbitral não com o fito de definirem a quem pertence à jazida de petróleo, pois, de toda sorte, a mesma continuará pertencendo a União. Os concessionários, em verdade, litigam quando aos direitos da exploração da atividade econômica ligada àquela jazida, que os pertence, uma vez que, os concessionários ao vencerem a licitação ganham o direito de explorar as jazidas de petróleo que forem encontradas no bloco no qual o particular desenvolve sua atividade.

Outra crítica feita ao parágrafo único da Lei do Petróleo é a de que, em considerando a expressão “laudo arbitral” como “sentença arbitral”, a sentença arbitral não seria terminativa, uma vez que a ANP determinaria a individualização da produção da jazida baseado neste laudo arbitral, ou seja, iríamos contra o cerne do instituto da

arbitragem, que dispõe, inclusive, no artigo 18 da Lei de arbitragem que “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

Quanto esta crítica trazida, devemos trazer a baila que a Lei do Petróleo é uma Lei especial, específica, com campo de incidência restrita, enquanto a Lei de arbitragem é uma Lei geral para regulamentar as arbitragens. e, conforme se pode perceber, se acreditarmos que a Lei do Petróleo trata de sentença arbitral, poderíamos considerar que estamos diante de uma antinomia dos dispositivos legais destas leis. Para resolver esta questão que Bobbio (1994) denomina de antinomia aparente (por haver possibilidade de solução), o autor agora mencionado explica que o método mais adequado é utilizar o critério da especialidade. , que também denominado *Lex specialis*, em função da expressão latina *lex specialis derogat legi generali* (lei especial derroga lei geral). Por esse critério, se as normas incompatíveis forem geral e especial, prevalece a segunda. O entendimento que norteia esse critério diz respeito à circunstância de a norma especial contemplar um processo natural de diferenciação das categorias, possibilitando, assim, a aplicação da lei especial aquele grupo que contempla as peculiaridades nela presentes, sem ferir a norma geral, ampla por demais. Além do mais, a aplicação da regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça.

Hodiernamente, não defendemos nenhuma das teses que foram citadas, pelas razões já espostas. O pensamento ao qual nos filiamos é a de que devemos fazer uma leitura conforme a constituição do dispositivo em apreço e que esta leitura do tema se dá de acordo do que a literalidade da lei representa, pois o sistema jurídico brasileiro permite isto, contudo, cabe a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e biocombustíveis, com a competência que a Lei do Petróleo lhe dá, regulamentar a matéria.

Evidenciando as opiniões encontradas por parte dos estudiosos da Indústria do Petróleo, parte-se agora para uma análise particular sobre o dispositivo em apreço.

5 A PERMISSIVIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO LITERAL DO DISPOSITIVO EM ANÁLISE

Primeiramente, devemos destacar que a Lavra de Petróleo constitui monopólio da União por força da Constituição Federal em seu artigo 177, I, que assim dispõe:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

Contudo, temos que essa atividade que constitui monopólio da União é cedida para exploração ao particular, mediante concessões realizadas em rodadas de licitações e, por meio dos contratos que são estabelecidos, fica determinado que as jazidas de Petróleo ainda constituem propriedade da união e, em contrapartida, o que vier a ser produzido se torna de propriedade do particular concessionário. Assim, criamos um interessante quadro, com o Petróleo antes de ser retirado da jazida sendo de titularidade da União, mudando de titularidade a partir do momento que é explorado.

Neste contexto, com intuito de defender a titularidade da união, além de regular a contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis foi criada a ANP.

Desta feita, ficou esta Autarquia especial como representante da União na Indústria do Petróleo, Gás Natural e biocombustíveis, uma vez que, esta é uma **atividade econômica de utilidade pública, de interesse da união e monopolizada pelo estado**, em que pese à relativização desse monopólio diante da concessão de áreas exploratórias.

Pois bem, como até então visto, por respaldo Constitucional a atividade do chamado “upstream” se constitui monopólio da União, sendo uma atividade econômica que traz reflexos sociais incomensuráveis, e devido a tal mister, se dá uma gama de tratamentos especiais a este setor.

Assim, temos que a indústria do petróleo tem um tratamento diferenciado e ser cercada de uma gama de especificidades, principalmente no que diz respeito ao interesse público, que se sobreleva no caso em apreço.

Desta feita, se crê que não haveria nenhum impedimento legal para que após a sentença arbitral, a mesma fosse submetida ao crivo da ANP que decidiria o caso da individualização da produção, baseado neste arbítrio. Contudo, pode-se querer questionar, qual razão subsistiria para submeter uma decisão arbitral, que em tese já seria terminativa, à um crivo da Agência Reguladora do setor?

A razão para tanto é a igual a que justifica que os acordos realizados entre as duas concessionárias para individualização da produção sejam submetidos à homologação por parte da Agência.

A Agência procura que esta questão seja convencionada e acordada entre os concessionários envolvidos, não se imiscuindo de forma direta na questão procurando assim dar liberdade negocial às envolvidas, uma vez que, a exploração de jazidas contíguas exige a formação de um consórcio, aproximando assim as empresas que desempenhariam a atividade.

Contudo, a jazida que possa estar em disputa entre duas concessionárias pertence ainda à União, conforme dispõe todos os contratos de concessão. Tem-se que tão somente à produção pertence ao concessionário, sendo reservada a propriedade das jazidas à União.

Ainda, a utilização da arbitragem no caso concreto, passando por crivo da ANP teria respaldo legal na própria Lei do Petróleo, lei especial que, por isto, não entraria em confronto de validade com a Lei de Arbitragem.

Portanto, em verdade, as partes estariam discutindo a possível exploração de uma jazida cuja propriedade é da União e estariam numa celeuma arbitral acerca dos direitos econômicos da jazida, sendo a União, neste caso, representado pela ANP, órgão regulador da exploração da atividade petrolífera no país.

Desta feita, se estão discutindo como se realizará a produção de uma jazida que pertence à União, nada mais lógico do que a autarquia especial que representa a União na atividade intervenha para dar decisão final sobre o caso.

Em verdade, a arbitragem foi um caminho dado pela Lei do Petróleo para os concessionários que não chegaram a um acordo, para estes, por meio de uma sentença arbitral (chamado pela lei de laudo arbitral,) realizar uma proposta a ser apresentada à Agência que dará o aval do caso concreto.

Ademais, a Agência, por força legal, tem obrigações de verificar no que for decidido sobre unitização, seja acordo ou laudo arbitral, determinados aspectos, a despeito do que ocorre com o Artigo oito, Parágrafo IX, que diz respeito a autarquia especial fazer cumprir boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente, evitando assim, práticas como a exploração predatória.

Desta forma, tem-se que a Arbitragem será utilizada tão somente quando restar frustrada a tentativa de acordo entre as partes e tem como fim precípua delimitar o caso e criar uma proposta viável para passar por crivo da ANP.

Na realidade, o laudo arbitral traria subsídios para a decisão da ANP, e não vincularia o posicionamento da ANP sobre o tema.

6 RESULTADOS

Em apertada síntese, e visando, em síntese, evidenciar o esposado, passamos a apresentar os resultados encontrados com o presente trabalho.

De um estudo aprofundado da Lei do Petróleo, podemos perceber que a mesma ainda se apresenta como um incipiente casuístico, sem estudos aprofundados sobre aspectos da mesma. Dentre os aspectos sem grandes aprofundamentos teóricos, e encontramos no Parágrafo Único do Artigo 27 da Lei do Petróleo.

Assim sendo, neste aspecto, cabe evidenciar que diante da não regulamentação do dispositivo, o mesmo permanece sem ser utilizado em virtude da insegurança jurídica que o *vacum* regulamentar acerca do tema traz. Por isto, urge a necessidade da ANP editar resolução para disciplinar a matéria, para o dispositivo poder ser utilizado.

A importância desta regulamentação e sua necessidade atual, se perfaz, em especial, após a descoberta de gigantescas jazidas da “Camada Pré-Sal”⁶, jazidas estas que se estendem por diversos blocos exploratórios, envolvendo diversos concessionários, inclusive, blocos exploratórios não licitados e, por esta razão, ainda pertencente à ANP. Antes de advir qualquer conflito sobre o tema em razão de uma conciliação não realizada e de se evitar que se produza uma norma regulamentar apressadamente e sem a devida reflexão sobre suas implicações, ou ainda, o problema de se criar uma norma para

⁶ A chamada camada pré-sal é uma faixa que se estende ao longo de 800 (oitocentos) quilômetros entre os Estados do Espírito Santo e Santa Catarina, abaixo do leito do mar, e engloba três bacias sedimentares (Espírito Santo, Campos e Santos). O petróleo encontrado nesta área está a profundidades que superam os 7 (sete) mil metros, abaixo de uma extensa camada de sal que, segundo geólogos, conservam a qualidade do mesmo. Somente o campo Tupi, que se encontra na referida camada, tem uma reserva estimada pela Petrobras entre 5 (cinco) bilhões e 8 (oito) bilhões de barris de petróleo, sendo considerado uma das maiores descobertas do mundo dos últimos sete anos.

regulamentar a matéria depois de instituída a arbitragem, o que não incidiria sobre o conflito em andamento.

Com isto, louvável o Grupo de Trabalho instituído pela ANP, através da Portaria nº 147, de 02/06/2008, com vistas à definição de parâmetros para orientação da elaboração de acordo de individualização da produção, conforme previsto pelo artigo 27 da Lei do Petróleo e da Cláusula Décima Segunda dos Contratos de Concessão, contudo, o referido grupo tem sua composição mitigada por terem poucos juristas na análise da questão e atualmente o mesmo se mantém inerte em seus trabalhos.

Adicionalmente, acreditamos que a ANP deveria disciplinar a questão com uma leitura conforme a constituição do dispositivo em apreço e que esta leitura do tema se dá de acordo com a leitura literal do dispositivo em estudo, pois, ao contrário do que os doutrinadores que analisaram o tema defendem, acreditamos que o sistema jurídico brasileiro permite isto.

7 ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A

8 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1994.

BUCHÉB, José Albert. *A arbitragem Internacional nos contratos da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 31 e 32.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS. Nota PRG nº 489/2008. EMERCIANO, Marcelo Pimenta. Assunto: Interpretação do Artigo 27, parágrafo único da Lei nº 9.478/97. Trata de consulta realizada pelo Grupo de Trabalho

instituído pela ANP, através da Portaria nº 147, de 02/06/2008, com vistas à definição de parâmetros para orientação da elaboração de acordo de individualização da produção, conforme previsto pelo artigo 27 da Lei do Petróleo e da Cláusula Décima Segunda dos Contratos de Concessão. Parecer elaborado em 08 de agosto de 2008.

FREITAS CÂMARA, Alexandre, *Arbitragem nos conflitos envolvendo agências reguladoras*, Revista de Direito, vol. XI, Direito da Regulação, Alexandre Santos de Aragão (coord.), Lumen Juris, 2002, p. 154.

GABBAY, Samuel Max. *Divergência Hermenêutica quanto à arbitragem nos casos de individualização de produção*. 2008. Trabalho apresentado ao XIX Congresso de Iniciação Científica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2008.

_____. *O Instituto da arbitragem aplicado à Indústria do Petróleo e Gás Natural e sua utilização no caso de jazidas contíguas*. 2008. Trabalho apresentado ao Congresso de Iniciação Científica da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, Dialética, 2002, p. 555.

LEMES, Selma Ferreira. *A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública. A empresa estatal, o estado e a concessão de serviço público*. In: Aspectos fundamentais da lei de arbitragem, Pedro A. Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona, 1999, p. 204

MACIEL, Diana Amendoeira. *Unitização*. 2003. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002, p. 96.

PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. *Unitização: Um enfoque multifacetado à luz do Direito brasileiro*. 2004. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004, Item 4.

SÁ RIBEIRO, Maria Rosado de, *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*, 2ª ed., Renovar, 2003, p. 186.

TAVERNE, Bernard. *Co-operative Agreements in the Extractive Petroleum Industry*. Editora: Klumer Law International, 1996, PP. 81-2

TIBURCIO, Carmen e MEDEIROS, Suzana. *Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro in* Estudos e Pareceres de Direito do Petróleo, org. Marilda Rosado de Sá Ribeiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 617-684.