

A vinculação da união à cláusula compromissória estatutária da Petrobras: Uma análise à luz do conflito de competência nº 151.130/SP

MARCIA CRISTINA XAVIER DE SOUZA¹ | LUÍSA MENDES LOUZADA²

Sumário: Introdução. 1. O conflito de competência n. 151.130/SP. 2. A cláusula compromissória da Petrobrás. 3. A vinculação da União à cláusula compromissória. 3.1. A arbitrabilidade subjetiva da União como acionista controladora. 3.1.1. Ausência de previsão legal expressa. 3.1.2. Adesão da União à cláusula compromissória. 3.2. A arbitrabilidade objetiva da matéria. 3.2.1. Alcance objetivo da cláusula compromissória. 3.2.2. O requisito da patrimonialidade. 3.2.3. A controvérsia acerca da disponibilidade do conflito. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou, em 27 de novembro de 2019, ao julgar o Conflito de Competência nº 131.150/SP, por maioria de votos, que a União não está vinculada à cláusula compromissória da Petrobras, no que diz respeito aos conflitos entre os acionistas minoritários e o ente federativo, acerca da desvalorização excessiva das ações em decorrência da Operação Lava Jato. O caso constitui um marco jurisprudencial para o STJ, que, desde 2005, no julgamento do Recurso Especial nº 612.439/RS, tem desempenhado um relevante papel no fortalecimento da arbitragem no Brasil.

Na ocasião do julgamento do Recurso Especial supracitado, o Tribunal pacificou o entendimento de que sociedades de economia mista podem firmar cláusulas compromissórias, mas não só: estas sociedades devem, como toda parte que opte por firmar cláusula compromissória, submeter-se ao juízo arbitral. O Tribunal estabeleceu também que a autorização do Poder Legislativo para referendar o procedimento arbitral é desnecessária, mormente pela submissão dessas sociedades ao regime jurídico de direito privado.

Alguns anos após essa decisão, a Primeira Seção do Tribunal reforçou a tese de que sociedades de economia mista podem ser submetidas à arbitragem ao julgar, em 2008, o Mandado de Segurança nº 11.308/DF. Além de seguir seu entendimento anterior, o STJ ainda constatou que,

- 1 Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora Associada de Direito Processual Civil. Professora convidada dos cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da UERJ, da ESA/OABRJ, da EMERJ e da ABDConst. Coordenadora do LEMASC - Laboratório de Estudos de Meios Adequados de Solução de Conflitos (FND/UFRJ). Membro do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do ICPC (Instituto Carioca de Processo Civil), da ABEP (Associação Brasileira Elas no Processo), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual) Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: mcxs@uol.com.br.
- 2 Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada. E-mail: lulouzada@hotmail.com.

uma vez convencionalizada cláusula compromissória, não há ofensa à garantia constitucional do juiz natural. Por fim, enfatizou que vedar a estipulação de cláusula arbitral por sociedades de economia mista seria “restringir aonde a lei não o fez”.

Além do posicionamento firmado em 2019 se distanciar do histórico do Tribunal, é alarmante observar a postura contraditória de entes federativos em relação à arbitragem. O Estado de Minas Gerais a adotou em 1915, no caso do contrato de arrendamento das Terras de Lambari, ao propor a resolução da controvérsia pela via arbitral e, subsequentemente, insurgir-se judicialmente contra a decisão arbitral, por não lhe ser favorável. O STF, todavia, não chancelou esse comportamento, mantendo o laudo arbitral³.

A mesma conduta foi observada no célebre Caso Lage (AI nº 52.181/Guanabara, julgado em 14/11/1973), no qual a União aceitou a criação de um juízo arbitral inicialmente, porém alterou o seu posicionamento após o Tribunal Arbitral fixar indenização a ser paga pelo ente federativo, argumentando que o juízo arbitral seria inconstitucional⁴. A parte contrária ingressou com ação judicial para garantir seus direitos, e todas as instâncias, incluindo o STF, confirmaram que a União pode firmar compromisso arbitral.

Logo, se faz necessário analisar a efetiva vinculação da União à cláusula compromissória da Petrobras para determinar se a conclusão alcançada pelo STJ é contrastante com o histórico do Tribunal, porém juridicamente coerente, ou se esse marco jurisprudencial constitui uma verdadeira ruptura de jurisprudência, o que seria prejudicial para o fortalecimento e desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

A fim de realizar a referida análise, no primeiro capítulo se apresentou o Conflito de Competência nº 131.150/SP. No segundo capítulo, se introduziu a cláusula compromissória da Petrobrás que originou a controvérsia. No terceiro capítulo, se analisou a vinculação da União à cláusula compromissória, pomenorizando-se os argumentos do acórdão, subdivididos na arbitrabilidade subjetiva da União, na qualidade de acionista controladora, e na arbitrabilidade objetiva da matéria. No quarto capítulo, foram feitas considerações a respeito do exame realizado em relação à conclusão do STJ. A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa, realizada através de levantamento bibliográfico e jurisprudencial, em meio físico e virtual.

1. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 151.130/SP

Um dos principais desdobramentos da Operação Lava Jato, deflagrada pela Polícia Federal, foi a identificação de irregularidades na Petrobras, cuja exposição resultou em prejuízos bilionários, a exemplo da repercussão negativa no valor das ações da sociedade de economia mista, que sofreram desvalorização astronômica⁵. Em razão das perdas financeiras sofridas, diversos acionistas da Petrobras tanto nacionais – que adquiriram ações na BM&F Bovespa – quanto internacionais – cujas ações foram adquiridas na Bolsa de Nova Iorque –, buscaram uma via jurídica para a responsabilização dos agentes apontados como culpados.

Aqueles que adquiriram as ações na bolsa americana ajuizaram, em 2015, uma “*class action for damages*” contra a Petrobras e seus executivos, perante a Corte de Nova Iorque, a qual foi en-

3 Cf. LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública* – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 71.

4 Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, p. 45.

5 Cf. POLITO, Rodrigo; RAMALHO, André; SCHUFFNER, Cláudia; MAIA, Camila; CARRANÇA, Thais. Petrobras perde R\$ 6,2 bi com corrupção e tem prejuízo de R\$ 21,6 bi. In: *Valor Econômico*, Rio de Janeiro e São Paulo, 22 abr. 2015. Seção Empresas. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2015/04/22/petrobras-perde-r-62-bi-com-corrupcao-e-tem-prejuizo-de-r-216-bi.ghtml>. Acesso em: 23 maio 2021.

cerrada através de um acordo no valor de US\$ 2.950.000.000,00 para indenizar os investidores e preservar a imagem e situação financeira da Petrobras no exterior⁶.

Os investidores cujas ações foram adquiridas na BM&F Bovespa (que se tornou a B3 posteriormente) elegeram uma de duas vias para buscar a indenização: a Justiça Comum ou o juízo arbitral. Algumas ações individuais foram ajuizadas perante a Justiça Federal, por terem incluído a União no polo passivo, enquanto uma ação civil pública foi proposta perante a 6ª Vara Cível de São Paulo (Processo nº 1106499-89.2017.8.26.0100) apenas em face da Petrobras. Noutro giro, grande parte optou por instaurar o Procedimento Arbitral nº 75/16 perante a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM-BOVESPA), em face da Petrobras e da União, esta última na qualidade de acionista controladora.

No âmbito no procedimento arbitral, a União suscitou a impossibilidade de impor a sua participação na arbitragem, antes mesmo da constituição do Tribunal Arbitral. O Presidente da CAM-BOVESPA rechaçou o argumento da União em decisão preliminar e determinou o prosseguimento da arbitragem, com a formação do Tribunal Arbitral, que deveria reexaminar a questão da vinculação da União à cláusula compromissória.

Contudo, em 2016, a União ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídica em face da BM&F Bovespa e dos outros Requerentes do procedimento arbitral instaurado (Processo nº 0025090-62.2016.4.03.6100), a fim de obter declaração de nulidade da participação da União na arbitragem, sob o pretexto de não estar vinculada à cláusula compromissória. Além disso, a União requereu tutela de urgência para se desobrigar de participar do procedimento arbitral instaurado, que foi concedida pelo Juízo da 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de São Paulo (SJSP). Contra esta decisão os acionistas interpuseram agravo de instrumento (Processo nº 0023155-51.2016.4.03.0000) e o TRF-3 manteve a decisão de concessão da tutela antecipatória. Subsequentemente, o agravo interno interposto contra esta última decisão restou igualmente desprovido.

Em seguida, os Réus da ação – os acionistas minoritários – suscitaram o Conflito de Competência nº 151.130/SP perante o STJ, em face da CAM-BOVESPA, do Juízo da 13ª Vara Federal Cível da SJSP e do TRF-3, o qual constitui o objeto do presente estudo.

Cabe ressaltar que o Procedimento Arbitral nº 75/16 prosseguiu sem a participação da União, conforme fixado pelo TRF-3; porém, com o Tribunal Arbitral constituído, este foi instado a se manifestar pelo Judiciário acerca do alcance da cláusula compromissória. A Sentença Parcial proferida determinou ser a cláusula compromissória ampla o suficiente para vincular a União, motivo pelo qual o Tribunal Arbitral possuiria competência para julgar a demanda. Após essa decisão, a Relatora Min. Nancy Andrighi entendeu pela consolidação do conflito de competência em julgamento, o qual ocorreu em novembro de 2019.

Apesar de a relatoria ter sido inicialmente atribuída à Min. Nancy Andrighi, que concluiu pela competência do Juízo Arbitral, o redator do acórdão foi o Min. Luis Felipe Salomão, que foi seguido pelos outros Ministros da Segunda Seção, tendo o Min. Marco Aurélio Bellizze proferido voto para acompanhar a divergência. O voto-vencedor declarou a competência do Juízo Federal para julgar a controvérsia.

Salienta-se que o conflito visava definir exclusivamente qual era o juízo competente para o julgamento da pretensão dos acionistas minoritários contra a União, arbitral ou estatal. Logo, nenhum dos Ministros adentrou no mérito da questão, a respeito da responsabilidade da União pelos prejuízos causados aos acionistas, restringindo o debate à matéria processual: o alcance da cláusula compromissória e a arbitrabilidade subjetiva e objetiva da matéria.

6 Cf. CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Petrobras assina acordo de US\$ 3 bilhões para encerrar ação coletiva nos EUA. 3 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-03/petrobras-assina-acordo-us-bilhoes-encerrar-acao-eua>. Acesso em: 3 jan. 2018.

2. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DA PETROBRÁS

Em 2002, a Petrobras reformou o seu estatuto social, por meio da realização de Assembleia Geral Extraordinária (AGE), para nele incluir cláusula compromissória, determinando a submissão de determinados conflitos entre acionistas à arbitragem⁷. Tal cláusula compromissória estatutária baseou-se no art. 109, § 3º, da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), que explicitou a necessária vinculação de todos os acionistas da companhia à cláusula.

O motivo da inclusão da cláusula estatutária na Petrobras foi em razão de um incentivo da BM&F BOVESPA, que, em 2002, condicionou a listagem nos segmentos “Novo Mercado” e “Nível II” a alguns requisitos, dentre eles a necessidade de resolução de controvérsias que envolvam acionistas e/ou a companhia por arbitragem⁸. A medida visava definir padrões mais elevados de governança corporativa, justamente um dos pontos que constavam no edital de convocação para a AGE de 22 de março de 2002. A inclusão de cláusula compromissória estatutária também foi incentivada pela CVM no item III.6 de suas Recomendações sobre Governança Corporativa⁹, bem como pelo IBGC no item 1.8 do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa¹⁰.

Com efeito, a arbitragem pode ser muito benéfica para conflitos entre acionistas de uma mesma companhia, pois a existência, a demora e a publicidade de ações judiciais afetam a cotação das ações da empresa na bolsa de valores, além de dificultar a expansão e o desenvolvimento da companhia enquanto o processo tramita perante a Justiça. Desse modo, a arbitragem tem ganhado cada vez mais espaço nas disputas entre acionistas, por meio da inserção de cláusulas compromissórias estatutárias, sobretudo pelas suas características, como a celeridade, a especialização dos árbitros, a flexibilidade do procedimento e a confidencialidade (parcial, nos casos que envolvem a Administração Pública).

Em uma sociedade de economia mista como a Petrobras, uma cláusula compromissória pode ser vista como benéfica para o mercado, futuros investidores e acionistas, motivo pelo qual aprovou-se a inclusão da referida cláusula no art. 58 do estatuto social da Petrobras em março de 2002:

Art. 58- Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados

7 Cf. CORAPI, Diego; ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes. A obrigatoriedade de cláusula de arbitragem prevista nos estatutos das companhias abertas: anotações a partir da decisão no caso *in re* Petrobras Securities Litigation (S.D.N.Y, 116 FSUPP3D. 386, July 30, 2015). In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 55, out.-dez. 2017, p. 163.

8 Idem, *Ibidem*, p. 167.

9 BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Recomendações da CVM sobre governança corporativa. Junho de 2002. Disponível em:

<http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/3935.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

10 BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa*. 4. ed. São Paulo: 2009. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/codigo-das-melhores-praticas-de-governanca-corporativa.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.

Parágrafo único. As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem à orientação de seus negócios, nos termos do art. 238 da Lei nº 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no caput deste artigo.

Ressalte-se que o estatuto social da Petrobras foi alterado em AGE realizada em 30 de novembro de 2020, ocasião na qual foram realizadas mudanças na cláusula compromissória. No entanto, como o presente estudo é baseado no Conflito de Competência nº 151.130, analisar-se-á o conflito sob a ótica da cláusula compromissória anterior, que serviu de base para a decisão do STJ.

A cláusula transcrita acima estabelece que a arbitragem será institucional, realizada pela CAM-BOVESPA, além de delimitar a matéria que será submetida ao procedimento arbitral. O parágrafo único, todavia, faz uma ressalva relevante acerca das deliberações da União que não são sujeitas à arbitragem por serem consideradas formas de exercer um direito indisponível, que seria a orientação da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. Introduzida a cláusula compromissória, passa-se à análise da efetiva vinculação da acionista controladora no presente conflito.

3. A VINCULAÇÃO DA UNIÃO À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A fim de analisar a vinculação da União à cláusula compromissória, se faz necessário realizar um exame de arbitrabilidade, compreendida como “a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem”¹¹. Esta possui um aspecto subjetivo, relativo à qualidade das partes que podem participar de arbitragens, assim como um aspecto objetivo, relacionado ao objeto da disputa a ser submetido ao juízo arbitral¹².

3.1 A arbitrabilidade subjetiva da União como acionista controladora

A arbitrabilidade subjetiva, que consiste em definir quem pode se submeter à arbitragem, é uma das principais controvérsias do tema. A União argumenta, no Conflito de Competência, que não estaria vinculada à cláusula compromissória da Petrobras, em razão da “ausência de lei específica ou estatutária apta a autorizar a extensão do procedimento arbitral”, bem como pela “ausência de anuência expressa de submissão do ente ao pacto”. Os suscitantes do conflito de competência, por outro lado, sustentam que a União está vinculada à cláusula compromissória, pois ela é ampla o suficiente para tanto.

3.1.1 Ausência de previsão legal expressa

Um dos principais argumentos utilizados no voto vencedor e no voto do Min. Bellizze diz respeito à ausência de previsão legal expressa que autorize a participação da União. Embora seja pacífico que um ente público possa ser submetido à arbitragem, mesmo antes da edição da Lei nº 13.129/2015, entenderam os Ministros que a adoção de procedimento arbitral nesses casos depende de “previsão legal ou regulamentar próprios”.

A referida noção decorre do princípio da legalidade, de modo que a manifestação de vontade

11 Cf. ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e administração pública: nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 49, abr.-jun. 2016, p. 103.

12 Cf. FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2019, p. 361.

da União está vinculada à previsão legal. Seria necessário, portanto, que houvesse um regramento específico para que o ente federativo fosse compelido a participar de arbitragens. O Min. Salomão utiliza como exemplo os regramentos próprios, com relação à Administração Pública, introduzidos pela Lei nº 13.129/2015 (Lei Nacional de Arbitragem – LNA), a exemplo da restrição da participação da Administração em arbitragem de direito, em detrimento da arbitragem de equidade, bem como da necessidade de observância do princípio da publicidade (art. 2º, § 3º, LNA). Sua conclusão, portanto, é a de que a União não poderia ser incluída no procedimento arbitral, em razão da “ausência de lei autorizativa”.

A Min. Andrighi sustentou que a Administração Pública pode utilizar a arbitragem, por força do art. 1º da LNA. Embora haja leis específicas que autorizem explicitamente o uso da arbitragem pela Administração Pública, entende a Ministra que a ausência de uma permissão geral não representa um óbice para a utilização da arbitragem nas relações firmadas pelo Estado. A evidência estaria consubstanciada na ausência de previsão da arbitragem na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.462/2011, inobstante seja perfeitamente possível que o Poder Público participe de arbitragens nessas hipóteses.

Isto posto, passa-se à norma que define quem possui arbitrabilidade subjetiva para participar de uma arbitragem. O art. 1º, *caput*, da LNA, define que todas “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Contudo, a expressa possibilidade para que a Administração Pública direta e indireta fizesse uso da arbitragem só passou a vigorar em 2015, quando a Lei nº 13.129 introduziu o § 1º ao referido artigo.

A análise será realizada sem considerar o dispositivo incluído em 2015, em razão do argumento de que, embora não tenha sido adotado expressamente nos votos dos Ministros, foi mencionado: de acordo com a AGU, só haveria permissão legal expressa para vincular a União a uma cláusula compromissória, após o advento da Lei nº 13.129/2015. Embora seja certo que o § 1º foi apenas uma formalidade – já que a Administração Pública já participava em arbitragens antes de sua entrada em vigor –, se prosseguirá na análise dessa forma, notadamente, a fim de buscar outros fundamentos legais expressos.

Nesse sentido, destaca-se que o *caput* do art. 1º da LNA apresenta uma autorização genérica, permitindo que todas as pessoas capazes de contratar possam valer-se da arbitragem. Pela redação do dispositivo, a lei autorizou a arbitragem em um sentido amplo a todas as pessoas capazes de contratar, sejam elas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas. A União, como pessoa jurídica de direito público capaz de contratar, estaria incluída nesse escopo. Até porque, caso a intenção do legislador fosse excluir a Administração Pública, ele o teria feito explicitamente, como o fez subjetivamente em relação às pessoas incapazes de contratar, e objetivamente em relação a conflitos que envolvam direitos que não são patrimoniais e são indisponíveis. Conforme Selma Ferreira Lemes¹³, interpretação diversa, que exclua a atuação do Estado, seria justamente contrária ao princípio da legalidade.

Pode-se falar também em autorização legal fundada na Lei das S/A. Neste ponto, é válido mencionar que as sociedades de economia mista se submetem ao regime jurídico disposto (i) na CRFB/88; (ii) na Lei nº 13.303/2016; (iii) na Lei das S/A; (iv) nas normas da CVM; e (v) nas suas normas estatutárias¹⁴. Por esse motivo, o § 3º, do art. 109, da Lei das S/A, incluído pela Lei nº 10.303/2001, é aplicável ao caso.

13 LEMES, Selma Ferreira. Op. cit., p. 102.

14 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2017, p. 620.

O referido dispositivo autoriza a inclusão de cláusula compromissória estatutária para estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar. Logo, há previsão legal na Lei das S/A que permite a Petrobras estabelecer, em seu Estatuto Social, que as divergências entre o acionista controlador e os acionistas minoritários podem ser resolvidas por meio da arbitragem.

Pelos motivos expostos, o argumento de ausência de previsão legal expressa, utilizado pela União, não se sustenta. Nesse contexto, resta analisar a adesão da União à cláusula compromissória estatutária da Petrobras, que foi o principal argumento acerca da arbitrabilidade subjetiva defendido pelos Ministros Salomão e Bellizze.

3.1.2. Adesão da União à cláusula compromissória

Nos termos do voto do Relator do acórdão, a ausência de arbitrabilidade subjetiva da União na controvérsia decorreria da ausência de adesão à cláusula genérica inserta no Estatuto da Petrobras, da qual efetivamente não participou. A eficácia da cláusula compromissória, em relação a um acionista, está vinculada ao princípio da autonomia da vontade, de modo que o cerne da questão seria a dependência de uma formal adoção, por parte de todos os compromissados, para que a cláusula seja válida e eficaz, em relação a estes.

O Min. Salomão apontou que a presença da AGU na AGE de 23 de março de 2002 não implica a anuência de submissão da União ao procedimento arbitral, em razão da ausência de atividade legislativa específica para tanto, de modo que a presença da cláusula compromissória no estatuto social da Petrobras expressaria apenas a vontade da companhia, e não da União, em se submeter à arbitragem.

A relatora de origem, Min. Andriighi, não discute este argumento a fundo, limitando-se a constatar, em sua conclusão, que a própria União concordou com a cláusula compromissória estatutária, visto não ser crível que a referida cláusula tenha sido imposta à União, a qual conta com um admirável corpo técnico e especializado de assessoramento jurídico, que é a Advocacia-Geral da União.

O argumento acerca da suposta ausência de anuência expressa da União Federal à cláusula compromissória é fundado, essencialmente, em fatos da época da inclusão da cláusula ao estatuto social da companhia, que não foram minuciosamente analisados pelos Ministros, o que pode ser atribuído à dificuldade de acesso a informações e documentos do ano de 2002. No entanto, nos Procedimentos Arbitrais nº 85/2017 e 97/2017, que versam exatamente sobre o tema de responsabilização da Petrobras e da União em caso análogo, relativo à desvalorização das ações em razão dos escândalos da Lava-Jato, a Sentença Parcial e a Decisão sobre os Pedidos de Esclarecimentos e Manifestação do Tribunal Arbitral foi disponibilizada em atenção ao princípio da publicidade, de modo que foi possível obter acesso a dados e documentos (ou referências a esses) pouco acessíveis.

O primeiro fator relevante ocorreu em 22 de fevereiro de 2002, quando a União foi comunicada, pela Carta GAPRE 92/2002, que havia uma intenção de migrar a Petrobras para o Nível II da BM&F BOVESPA, um segmento especial que demandava determinadas alterações em seu estatuto social, inclusive a inserção de uma cláusula compromissória, o que seria objeto de deliberação na AGE convocada para 22 de março de 2002.

Após a referida comunicação, o Processo Administrativo nº 10951.000328/2002-19 foi instaurado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), com o objetivo de analisar a matéria que seria objeto de deliberação na AGE, motivo pelo qual foram colhidos pareceres do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais e da Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

O Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais não fez qualquer consideração a respeito da cláusula compromissória, o que foi admitido pela própria União. A STN, por outro lado, emitiu o Parecer nº 94 STN/GAB/COREF/GEAFE em 19 de março de 2002, através do qual a PGFN se manifestou explicitamente sobre a inclusão da cláusula compromissória no art. 58 do estatuto social da Petrobras¹⁵:

Visto já estar previsto, pela nova redação do § 3º do art. 109 da Lei 6,404/76 (alterado pela Lei nº 10.303/2001, que “[...] as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e os acionistas minoritários poderão ser solucionados mediante arbitragem [...]”, e dada a ressalva feita no parágrafo único, nada temos que opor à redação apresentada.

A União ressaltou, no Procedimento Arbitral CAM Nº 85/2017 & 97/2017, que o referido parecer serviu de respaldo para que o Sr. Ministro da Fazenda proferisse despacho para autorizar expressamente que o representante da União votasse na AGE da Petrobras que incluiu a cláusula compromissória no art. 58 do estatuto social da companhia. Ou seja, não há controvérsia acerca da presença da União na referida Assembleia Geral, tampouco há qualquer evidência de alguma objeção nesse sentido. Pelo contrário: a PGFN apresentou parecer manifestando a sua concordância.

No trecho do Parecer nº 94 supratranscrito, a concordância foi justificada utilizando trecho do § 3º do art. 109 da Lei das S/A: “[...] as divergências [...] entre acionistas controladores e os acionistas minoritários poderão ser solucionadas mediante arbitragem [...]”. Por conseguinte, o entendimento da PGFN já era no sentido de a cláusula incluir a possibilidade de um procedimento ser instaurado para solucionar controvérsias entre a União e os acionistas minoritários. A única ressalva feita foi a previsão do parágrafo único que, como se verá, não é uma limitação subjetiva e sim objetiva da cláusula compromissória.

A inclusão da referida cláusula foi aprovada na AGE de março de 2002, com o voto favorável da União, responsável pelo quórum majoritário para uma reforma no Estatuto, por ser detentora da maioria das ações da companhia. Sendo o quórum de deliberação necessário para a aprovação de cláusula compromissória a maioria absoluta dos votos¹⁶, conforme art. 129 da Lei das S/A, não havia como incluí-la sem o voto favorável da acionista controladora. Desse modo, é coerente que a União esteja vinculada à alteração com a qual concordou.

Ademais, a cláusula compromissória determina que serão resolvidas por arbitragem “as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais [...]”, e o Min. Salomão apontou sua vagueza em termos da abrangência com relação à União, de modo que não poderia vinculá-la pela ausência de especificidade quanto aos seus limites. Contudo, a cláusula faz referência à possibilidade de submeter à arbitragem demandas que envolvam “seus acionistas”, portanto, não é razoável excluir a União, acionista majoritária que concordou com a inclusão da cláusula com essa redação. A única ressalva em relação à União foi feita no parágrafo único do art. 58 do estatuto social, de modo que sua vinculação ao termo “acionistas”, ressalvadas as hipóteses do parágrafo único, é evidente.

Nesse contexto, não há outra conclusão que não a da anuência da União à cláusula

15 BRASIL. Câmara de Arbitragem do Mercado. Arbitragem CAM No. 85/2017 & 97/2017. Fundação Movimento Universitário de Desenvolvimento Econômico e Social - MUES e Alejandro Constantino Stratiotis v. União. Decisão Sobre os Pedidos de Esclarecimentos e Manifestação, 5 ago. 2020, p. 17.

16 Cf. FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. Op. cit., p. 489.

compromissória da Petrobras. Diante da inequívoca vinculação subjetiva da União à cláusula compromissória estatutária da Petrobras, resta analisar se a matéria a ser submetida à arbitragem se enquadra nos termos descritos pela lei e pela cláusula.

3.2. A arbitralidade objetiva da matéria

A matéria específica a ser submetida ao juízo arbitral não pode ser diretamente aferida, pois a confidencialidade do Procedimento Arbitral CAM Nº 75/2016 não permite o acesso ao Pedido de Instauração da Arbitragem e ao Termo de Arbitragem firmado, tampouco à cópia integral do Conflito de Competência, que tramita em segredo de Justiça. Desse modo, a matéria deve ser aferida indiretamente pelo acórdão do Conflito de Competência e pelos termos da Sentença Parcial proferida pelo Tribunal Arbitral no Procedimento CAM Nº 75/2016.

Nos termos do voto da Min. Andrighi, a matéria a ser submetida à arbitragem é “a existência de eventual responsabilidade da União Federal pela desvalorização acionária excessiva, decorrentes dos escândalos de corrupção investigados pela Operação Lava-Jato e que envolviam diretamente a Petrobras”.

Já o Min. Bellizze vai um pouco além, ao constatar que os titulares de ações da Petrobras instauraram a arbitragem para se verem ressarcidos dos prejuízos causados pela desvalorização de suas ações, em razão da Operação Lava-Jato, “não observadas para a divulgação de um balanço fraudulento ao mercado, mesmo após o resultado de auditoria independente, a recair, necessariamente, nas regras contidas na Lei n. 6.404/1976”.

O voto vencedor do Min. Salomão, por sua vez, resumiu o objeto da seguinte forma: “[...] responsabilização solidária da União em virtude da escolha equivocada dos dirigentes da Petrobras e da ausência de fiscalização da atuação de tais agentes. Há, portanto, pleito de responsabilidade civil extracontratual em face da União”.

Já o trecho do parecer do Ministério Público citado no acórdão indica que se pretende responsabilizar a União pelos “atos de gestão da Companhia [...]”. Em outras palavras, busca-se a responsabilização da União, enquanto acionista controladora da Petrobras, pelos atos de governo por ela praticados [...]”. Já o Tribunal Arbitral do Procedimento CAM Nº 75/2016 constatou apenas que os acionistas buscam responsabilizar o ente federativo “‘pela prática de atos contrários ao interesse da companhia e lesivos aos acionistas’ e a ‘indenização por todos os danos incorridos com a desvalorização do preço das ações PETR3 e PETR4’”¹⁷.

Em suma, os atos da União que seriam submetidos ao Tribunal Arbitral não podem ser perfeitamente identificados, posto que depreendidos da visão de cada Ministro, do próprio Tribunal Arbitral ou do Ministério Público, que possuem carga semântica relacionada com a visão de cada um, seja de atos arbitráveis ou inarbitráveis. Com efeito, sabe-se que os acionistas minoritários visam responsabilizar a Petrobras e a União pela desvalorização de seus ativos, em decorrência dos prejuízos da Operação Lava-Jato, seja em virtude da escolha de dirigentes da Petrobras, da ausência de fiscalização da atuação de tais agentes, a divulgação de balanços fraudulentos ao mercado ou atos de gestão em geral.

3.2.1. Alcance objetivo da cláusula compromissória

Antes de analisar se os atos da União são objetivamente arbitráveis, é necessário realizar uma distinção entre a arbitralidade objetiva do litígio e o alcance objetivo da cláusula compromissória. Isto porque, antes de proceder ao exame da disponibilidade e da patrimonialidade

17 BRASIL. Câmara de Arbitragem do Mercado. American International Group, Inc. Retirement Plan et al. v. Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e União Federal, Arbitragem CAM Nº 75/2016, Sentença Parcial, 22 de abril de 2019.

do objeto a ser submetido à arbitragem, nos termos do art. 1º, *caput*, da LNA, é necessário examinar se o conflito está dentro do escopo da cláusula compromissória. Logo, se analisará o alcance objetivo da cláusula prevista no estatuto social da Companhia¹⁸.

O art. 58 do Estatuto da Petrobras prevê, em suma, que seriam arbitráveis as disputas que envolvessem os acionistas, cujo objeto tenha como base a aplicação da Lei das S/A ou do estatuto social, dentre outros. No entanto, é imperativo mencionar a exceção do parágrafo único, que estabelece ressalva em relação à participação da União em arbitragens. Trata-se de exceção bastante específica, englobando apenas as deliberações da acionista controladora que preencham dois requisitos cumulativamente: (i) serem manifestadas através de voto em Assembleia Geral; e (ii) visarem à orientação de seus negócios, de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

Não parece ser o caso, portanto, de se excluir um pleito de responsabilidade civil extra-contratual em face da União, conforme defendido pelo Min. Salomão, tampouco uma exclusão expressa da União em relação a todos os seus atos que visem à orientação de seus negócios, como sustentou o Min. Bellizze.

A esse respeito, é essencial analisar o contexto de inserção da cláusula compromissória com os seus objetivos vinculados. Conforme adiantado, a Petrobras inseriu a cláusula compromissória em seu estatuto social em 2002 para elevar seus padrões de governança corporativa e, dessa forma, ser listada em um segmento especial da BM&F BOVESPA denominado “Nível II”¹⁹. A cláusula apontou, inclusive, que a arbitragem obedeceria às regras da CAM-BOVESPA.

Antes de adentrar nas regras da CAM-BOVESPA, destaca-se que o Regulamento da CAM-BOVESPA atual está em vigor desde 2011 e é o aplicável aos procedimentos arbitrais instaurados recentemente pelos acionistas minoritários da Petrobras contra a própria companhia e a União. Entretanto, não se visa analisar a aplicação do Regulamento ao caso concreto, e sim o contexto da época da inclusão da cláusula compromissória estatutária, motivo pelo qual volta-se ao Regulamento de Arbitragem de 2001²⁰.

O referido Regulamento da CAM-BOVESPA, embora vigente à época da reforma do estatuto social da Petrobras em 2002, não é aplicável ao caso concreto, pois para tanto seria necessário que os Administradores, Conselheiros Fiscais e a União, como Controladora, firmassem um Termo de Anuência (item 5.2 e 5.2.1 do Regulamento de Arbitragem). Todavia, a intenção da Petrobras e de seus acionistas de elevar o padrão de governança corporativa da companhia e submeter seus conflitos à CAM-BOVESPA é tão nítida, que a cláusula compromissória inserida é praticamente uma cópia do item 1.2 do Regulamento, conforme se verifica na da tabela comparativa ao final deste artigo.

Desse modo, é perfeitamente razoável afirmar que a cláusula compromissória da Petrobras possui influência do Regulamento da CAM-BOVESPA, tendo disposto inclusive que futuras disputas ou controvérsias seriam submetidas à arbitragem, obedecidas as suas regras. Nesse sentido, cabe examinar outro dispositivo do Regulamento, que dispõe expressamente sobre os conflitos envolvendo sociedades de economia mista:

16.6.1 Deliberações do Acionista Controlador de Sociedade de Economia Mista, quer por meio de voto em Assembleia Geral, quer por determinação à administração dessa Sociedade, que visem à orientação de seus negócios, nos termos do

18 FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. Op. cit., p. 546.

19 Cf. CORAPI, Diego; ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes. Op. cit., p. 167.

20 CÂMARA DO MERCADO. Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado, 2001.

art. 238 da Lei das Sociedades por Ações, são consideradas formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto neste Regulamento. [...]

O item 16.6.1 é mais um exemplo de uma reprodução da redação do Regulamento para a cláusula compromissória da Petrobras, que determinou em seu parágrafo único que as deliberações da União, na qualidade de acionista controladora da sociedade de economia mista, seriam consideradas “formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral [...]”²¹. Por mais esse motivo é que se observa a nítida intenção da Petrobras de tomar as medidas necessárias para participar do segmento “Nível II” e eventualmente se submeter às regras da CAM-BOVESPA.

A referida intenção é extremamente relevante, pois significa que o Regulamento da CAM-BOVESPA foi estudado pelos envolvidos na reforma do estatuto social que ocorreu em 2002, para que a cláusula compromissória o respeitasse e refletisse – o que se torna nítido pela semelhança de redação. Consequentemente, é necessário enfatizar os termos do item 16.6.2 do Regulamento²² que, embora não reproduzido no estatuto social, esclarece o item 16.6.1 do Regulamento e do parágrafo único do art. 58 do estatuto social da Petrobras:

16.6.2 Atos de gestão ou deliberações de caráter negocial do Acionista Controlador, dos quais resultem conflitos entre este e os Participantes, nos termos do item 5.1 (i) deste Regulamento, estarão sujeitos à Arbitragem.

O dispositivo cai como uma luva para determinar o alcance do objeto da cláusula compromissória da Petrobras, que, ao incluir uma adaptação – quase idêntica – do item 16.6.1, restringiu a exceção de conflitos arbitráveis apenas para aqueles relativos a um ente público que, na qualidade de acionista controlador, e através de voto em Assembleia Geral, vise à orientação dos negócios em favor do interesse público. Logo, os “atos de gestão ou deliberações de caráter negocial do acionista controlador, dos quais resultem conflitos entre este e os participantes [...]”²³, poderiam ser submetidos à arbitragem.

Não é possível fazer nenhuma afirmação tão assertiva, pois não houve anuência, por parte da Petrobras ou da União naquele momento, que justificasse a aplicação do Regulamento da CAM-BOVESPA. Todavia, é evidente que a Petrobras passava por reformulações para ser listada como “Nível II”, o que foi expresso pelo edital de convocação para a AGE a ser realizada em 22 de março de 2002, bem como pela aprovação da cláusula compromissória com termos extremamente semelhantes a dispositivos do Regulamento da CAM-BOVESPA. Até porque, para ser listada como “Nível II”, a Petrobras, a União, os Administradores, Conselheiros Fiscais e Investidores teriam de se submeter ao Regulamento da CAM-BOVESPA e expressar sua anuência, por meio de Termo de Anuência (arts. 1.1, 2.1 e 5.2, do Regulamento da CAM-BOVESPA).

Logo, do ponto de vista objetivo, a cláusula compromissória da Petrobras alcançaria os conflitos que envolvem os acionistas da Companhia, tendo por objeto a aplicação da Lei das S/A, o estatuto social, dentre outras normas listadas no art. 58, excluindo-se apenas as deliberações da União manifestadas por voto na Assembleia Geral, e que visem à orientação de seus negócios, de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. Não estariam incluídos

21 PETROBRAS. Estatuto Social, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária de 22 mar., 2002.

22 CÂMARA DO MERCADO. Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado, 2001.

23 CÂMARA DO MERCADO. Op. cit.

na exceção, portanto, por analogia ao contexto em que foi inserida a cláusula compromissória, os atos de gestão ou deliberações de caráter negocial da União, dos quais resultem conflitos entre ela e os participantes – caso que se encaixa perfeitamente às alegações dos acionistas minoritários contra a União.

Os atos de gestão são aqueles praticados pela Administração Pública em pé de igualdade com os particulares, e visam à conservação e ao desenvolvimento do patrimônio público, bem como à gestão de seus serviços²⁴. Logo, todos os atos praticados pela União, na qualidade de acionista controladora, que não fossem praticados como atos de império, visando gerir a Petrobras, poderiam ser submetidos à arbitragem.

Pleitos de responsabilização, portanto, desde que não submetam votos da União em Assembleia Geral, visando orientar seus negócios de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação, seriam arbitráveis. O único ato mencionado pelo Min. Salomão que, de fato, não seria arbitrável – ou geraria controvérsia nesse sentido –, seria a “escolha equivocada dos dirigentes da Petrobras”, por se tratar de uma prerrogativa da União voltada para atender ao interesse público que respaldou a sua criação, e realizada por intermédio de voto em Assembleia Geral, nos termos do art. 19, III, do estatuto social da Companhia.

Cabe destacar que há uma distinção entre a submissão de uma deliberação inarbitrável da União à arbitragem e litigar a respeito dos efeitos patrimoniais dessas deliberações perante o juízo arbitral. O exemplo perfeito disso são atos de império, que Maria Sylvia Di Pietro leciona como sendo aqueles praticados pelo Poder Público na qualidade de autoridade, que se contrapõem aos de gestão, e não seriam passíveis de submissão à arbitragem, a exemplo de desapropriações, tombamentos, servidões administrativas, dentre outros. Todavia, seus efeitos patrimoniais poderiam ser submetidos a um Tribunal Arbitral, posto que passíveis de valoração econômica²⁵. Do mesmo modo, é evidente que votos da União que visem à orientação de seus negócios de modo a atender ao interesse público não podem ser submetidos ao juízo arbitral, sendo inconcebível uma anulação ou revisão destes. Não haveria óbice, contudo, na submissão de seus efeitos patrimoniais à arbitragem.

Por fim, tendo confirmado que a cláusula compromissória engloba os atos que os acionistas minoritários da Petrobras visam atribuir à União, é necessário analisar se esses atos são patrimoniais e disponíveis e, portanto, objetivamente arbitráveis.

3.2.2. O requisito da patrimonialidade

A patrimonialidade não se limita a direitos que possuem um conteúdo econômico, mas abrange também algo que possua a aptidão de ser reparado ou compensado através de medidas de caráter econômico²⁶. Assim explicou a Min. Andrihgi em seu voto vencido no CC 151.130/SP: “Assim, não apenas o objeto do interesse deve possuir valor econômico, mas também seu inadimplemento deve poder ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.”.

No caso em tela, não há muita controvérsia acerca da patrimonialidade do conflito. A Min. Andrihgi descreveu o litígio como fundado em responsabilidade civil e o Min. Salomão entendeu tratar-se de “pleito de responsabilidade civil extracontratual”. Fato é que a responsabilidade civil

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 875.

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1124.

26 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. In: *Revista de Processo*. V. 264, fev. 2017, p. 90.

consiste na obrigação de uma pessoa, natural ou jurídica, de indenizar outrem pelas consequências de um ato, fato ou negócio danoso²⁷.

A presença do conceito de reparação é intrínseca ao referido instituto, seja de um dano patrimonial ou moral. Logo, um pleito de responsabilidade civil, como o do caso em tela, seja ele contratual ou extracontratual, engloba direitos patrimoniais que, com a inclusão do § 3º no art. 109 da Lei das S/A, permite o uso do juízo arbitral para dirimi-lo²⁸.

A patrimonialidade do direito em questão é tão evidente, que um dos argumentos da União é justamente o montante total envolvido: 58 bilhões de reais. A União sustenta que haveria um suposto risco fiscal, que impactaria negativamente no mercado financeiro e nas atividades da Petrobras, o que não se sustenta, mormente porque o Conflito de Competência não julgou – assim como esse artigo tampouco visa concluir – a efetiva responsabilidade da União de indenizar os acionistas minoritários da Petrobras pela desvalorização de seus ativos. O que se pretende é tão somente determinar se a União Federal está vinculada à cláusula compromissória estatutária da Petrobras.

Salienta-se que há certo preconceito em relação à arbitragem, envolvendo um ente federativo, uma preocupação de o responsabilizar excessivamente por uma suposta tendência de árbitros favorecerem o privado em detrimento do público. No entanto, conforme destacou a Min. Andrighi, “a arbitragem se reveste dos mesmos deveres de imparcialidade e independência [...] a alegação de parcialidade do Tribunal Arbitral é causa de anulação da sentença que eventualmente prolatar [...], nos termos do art. 32, VIII, da Lei 9.307/96”.

3.2.3. A controvérsia acerca da disponibilidade do conflito

É possível utilizar uma série de critérios defendidos por diferentes autores para se chegar a uma resposta com contornos mais nítidos, acerca da disponibilidade da matéria que pode ser submetida a um procedimento arbitral, envolvendo a Administração Pública. Todos os critérios são válidos e se complementam, de modo que quanto mais uma situação se enquadrar em alguns deles, mais certeza de sua disponibilidade haverá. No presente caso, analisar-se-ão os critérios da dispensabilidade da apreciação judicial, transacionabilidade, contratualidade e o já introduzido acerca dos atos de império e gestão.

O critério dos atos de império e atos de gestão define que seriam inarbitráveis os atos de império, pois a Administração Pública, quando os pratica, age com supremacia sobre o particular; enquanto os atos de gestão seriam arbitráveis, já que a Administração se encontra em pé de igualdade com os particulares²⁹ e, portanto, lidaria com direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de submissão ao juízo arbitral. Conforme visto no alcance da cláusula compromissória, os atos da União que configurariam atos ilícitos e seriam, portanto, passíveis de indenização em decorrência da responsabilidade civil, seriam atos de gestão, de modo que o requisito de disponibilidade estaria preenchido.

A despeito da relevância do critério, principalmente para aferir quais situações a cláusula compromissória foi criada para englobar, é certo que ele não distingue a disponibilidade de maneira tão clara. Por esse motivo, passa-se ao critério da dispensabilidade da apreciação judicial, defendido por Eduardo Talamini³⁰, que define como matérias arbitráveis aquelas que podem ser resolvidas pelas próprias partes envolvidas, sem necessidade de se ingressar em Juízo. Logo, seria indisponível o que

27 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 390.

28 Cf. MARTINS, Pedro A. Batista. Responsabilidade de Acionista Controlador: considerações doutrinária e jurisprudencial. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. V. 27, jan.-mar. 2005, p. 62.

29 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 11.

30 TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 89.

a lei exigisse que fosse submetido ao Poder Judiciário, como as ações de responsabilização por improbidade administrativa, ou temas expressamente considerados indisponíveis, tais como aqueles elencados no art. 852 do CC.

A situação objeto do presente trabalho se enquadra nesse critério, pois não há nenhum dispositivo legal que exija a submissão de ações de responsabilidade do acionista controlador ao Poder Judiciário, tampouco está o tema atrelado a direitos considerados indisponíveis pelo ordenamento jurídico pátrio, tais como questões de estado, direitos da personalidade, família, dentre outros. Pelo contrário, o § 3º, art. 109, da Lei das S/A, prevê que divergências entre acionistas podem ser submetidas à arbitragem, motivo pelo qual afirma-se sua disponibilidade pelo critério da dispensabilidade de apreciação judicial.

Já o critério da transacionabilidade define como disponíveis, para fins de arbitrabilidade da Administração Pública, os direitos que possam ser objeto de uma transação. Conforme dispõem os arts. 840 e 841 do CC, os interessados podem terminar um litígio mediante concessões mútuas quanto a direitos patrimoniais de caráter privado. Desse modo, o critério possui forte relação com o presente caso.

Neste ponto, cabe distinguir a responsabilidade civil e administrativa de uma sociedade anônima. A responsabilidade civil é compreendida como a reparação patrimonial de um prejuízo causado, enquanto a responsabilidade administrativa é “a sujeição do controlador ao Poder Público, no que respeita à competência deste de investigar, fiscalizar e punir os atos do primeiro que firam o interesse público no exercício das suas funções na companhia”³¹. Como a responsabilidade administrativa do controlador decorre de uma relação de predomínio do público sobre o privado, sobre ela não poderia haver transação.

Nesse sentido, apesar da cláusula compromissória ter estabelecido exceção acerca das deliberações da União, através de voto em assembleia, que visem orientar seus negócios, certo é que as referidas deliberações já são, por natureza, indisponíveis. Não poderiam, portanto, ser submetidas à arbitragem, de acordo com o critério da transacionabilidade, por relacionarem-se com a responsabilidade administrativa, que não é passível de transação.

A responsabilidade civil, no entanto, que visa tão somente à reparação do prejuízo causado, seria passível de transação, o que é evidenciado pelo fato de a Petrobras ter firmado transação com os acionistas que ingressaram com uma ação coletiva nos Estados Unidos. Com efeito, a Companhia e a União podem firmar acordos com os acionistas que adquiriram as ações na BM&F BOVESPA, o que demonstra a transacionabilidade da matéria indenizatória e, conseqüentemente, sua disponibilidade perante o critério.

Por outro lado, o critério da contratualidade possui uma aplicação mais desafiadora. Trata-se de uma das críticas realizada por João Pedro Accioly³², pois a visão tradicional excluiria do escopo da arbitragem as matérias que envolvem a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, ou qualquer conflito cuja base não seja um contrato firmado com o Poder Público. Nesse sentido, é importante pensar no critério da contratualidade de uma forma operacionalizada, com a avaliação da disponibilidade realizada de acordo com o caso concreto, a fim de verificar se o direito positivo e a jurisprudência dominante permitem que a matéria seja objeto de “ajuste volitivo entre a Administração Pública e o administrado”³³.

Como se trata de um evento razoavelmente recente e específico, a jurisprudência não foi capaz de auxiliar na resolução do caso concreto. O direito positivo, todavia, conforme visto atra-

31 Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. V. 2, artigos 75 a 137. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 641.

32 ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. In: *Revista dos Tribunais*. V. 1.017, jul. 2020, p. 52.

33 ACCIOLY, João Pedro. *Op. cit.*, p. 54.

vés do art. 109, § 3º, da Lei das S/A, permite que uma cláusula compromissória seja firmada para estabelecer que divergências entre acionistas controladores e minoritários possam ser solucionadas mediante arbitragem. Com efeito, o art. 117 da mesma lei indica que o acionista controlador responde pelos danos causados por atos que configuram abuso de poder. A combinação dos dois artigos, portanto, formaria a base de direito positivo que respaldaria o critério da contratualidade para se estabelecer a disponibilidade do conflito, ainda que não através de sua forma tradicional, pois não há, efetivamente, um contrato em evidência. Logo, a situação não possui um encaixe perfeito no critério da contratualidade, embora seja possível argumentar pelo seu enquadramento no critério operacionalizado.

O encaixe – ainda que não perfeito – na maioria dos critérios de disponibilidade analisados demonstra que o conflito envolve direitos patrimoniais e disponíveis. Eduardo Secchi Munhoz consignou que a “apuração de responsabilidade dos administradores por danos causados à companhia”³⁴ seria justamente uma das matérias societárias que poderia ser solucionada por meio de arbitragem. Desse modo, além de encontrar-se dentro do escopo da cláusula compromissória, é possível afirmar que o conflito preenche os requisitos do art. 1º, *caput*, da LNA e, ressalte-se que não poderia, mas deveria ser submetido à arbitragem.

Para concluir, faz-se necessário tecer uma breve crítica. Um dos argumentos da União para justificar sua exclusão do procedimento arbitral foi o “caráter facultativo da arbitragem”. Contudo, quando uma cláusula compromissória é inserida no estatuto da companhia, os acionistas acordam em renunciar à via judicial e resolver o conflito pela via arbitral – não se trata de uma faculdade e sim de uma obrigação³⁵. Entender de forma diversa significaria enfraquecer o instituto da arbitragem, que vem sendo construído e incentivado com tanta solidez pela doutrina e jurisprudência, ao longo dos anos.

Nada mais razoável, afinal, ninguém pode obrigar a Administração Pública a incluir uma cláusula compromissória em um contrato ou no estatuto social de companhia na qual ela detém a maioria das ações. Se a Administração não deseja submeter um conflito à arbitragem, a solução é não firmar cláusula compromissória. Contudo, se optar por firmar uma espécie de convenção de arbitragem, guiada pelos princípios que regem sua atuação, dispostos no art. 37 da CRFB/1988, a submissão de um conflito à arbitragem é apenas natural e condizente com uma conduta pautada na boa-fé e norteadada pelo interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo possuiu como objetivo analisar a vinculação da União à cláusula compromissória estatutária da Petrobras, com a utilização do Conflito de Competência nº 151.130/SP como base para a referida análise, limitando-se à matéria processual e isentando-se de qualquer julgamento do mérito da controvérsia.

Após destrinchar os principais argumentos utilizados pelos Ministros da Segunda Seção do STJ que proferiram voto e realizar uma análise dos requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, foi possível constatar que a União possui capacidade subjetiva para figurar no procedimento arbitral instaurado pelos acionistas minoritários da Petrobras, e que o conflito está dentro do escopo da cláusula compromissória, além de possuir os requisitos de patrimonialidade e disponibilidade.

Diante dessa análise, chegou-se a uma conclusão distinta daquela adotada pelo STJ. A União está – ou ao menos deveria estar – vinculada à cláusula compromissória estatutária da Petrobras.

34 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Arbitragem e novo mercado. In: MATTOS FILHO; VEIGA FILHO; MARREY JR.; QUIROGA ADVOGADOS. *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010, p. 39.

35 CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 130.

Entender ao contrário significa não só enfraquecer o instituto da arbitragem, como incentivar uma postura contraditória da União que, conforme visto, já foi observada anteriormente pelo próprio ente federativo. Com efeito, o acórdão do Conflito de Competência não favoreceu o *favor arbitrandum* e foi uma ruptura na jurisprudência do STJ.

Enfatiza-se que o Poder Judiciário determinar a vinculação da União a uma cláusula compromissória não significa prejudicar o ente federativo, e sim garantir que a Administração Pública seja leal aos princípios que a orientam, além de vedar um comportamento contraditório. Preocupa o fato de ter se declarado a competência da justiça federal em um caso no qual a União alegou o caráter facultativo da arbitragem, e onde os indícios apontam pela ausência de uma ilegalidade *prima facie* da cláusula compromissória e pela presença de elementos autorizadores de arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

Caso a União não deseje submeter conflitos à arbitragem, basta não firmar convenções de arbitragem. O que não condiz com uma atuação pautada na legalidade e na boa-fé é firmar cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais e, posteriormente, seja antes ou depois de uma decisão desfavorável, recorrer ao Poder Judiciário para livrar-se de uma submissão ao juízo arbitral.

É significativo o Judiciário, na figura do STJ, cujo histórico tanto contribuiu para o desenvolvimento e incentivo da arbitragem no Brasil, cancelar a conduta da União. No entanto, fato é que um erro não é capaz de apagar todos os acertos do Tribunal, de sorte que, inobstante o Conflito de Competência nº 151.130/SP ter norteado o presente estudo, espera-se que ele não guie as próximas decisões do STJ sobre o tema, fazendo com que o Tribunal retome seu relevante percurso de fortalecimento do instituto da arbitragem no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. In: *Revista dos Tribunais*. V. 1.017, jul. 2020.
- BRASIL. Câmara de Arbitragem do Mercado. Arbitragem CAM Nº 75/2016. American International Group, Inc. Retirement Plan et al. v. Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e União Federal. Sentença Parcial, 22 de abril de 2019. Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/pt-american-international-group-inc-retirement-plan-et-al-v-petroleo-brasileiro-s-a-petrobras-e-uniao-federal-sentenca-parcial-monday-22nd-april-2019#decision_14030. Acesso em: 16 set. 2021.
- BRASIL. Câmara de Arbitragem do Mercado. Arbitragem CAM Nº 85/2017 & 97/2017. Fundação Movimento Universitário de Desenvolvimento Econômico e Social - MUDES e Alejandro Constantino Stratiotis v. União. Decisão Sobre os Pedidos de Esclarecimentos e Manifestação, 5 de agosto de 2020. Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/pt-fundacao-movimento-universitario-de-desenvolvimento-economico-e-social-mudes-and-alejandro-constantino-stratiotis-v-uniao-decisao-sobre-os-pedidos-de-esclarecimentos-e-manifestacao-da-mudes-wednesday-5th-august-2020#decision_14039. Acesso em: 16 set. 2021.
- BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Recomendações da CVM sobre governança corporativa*. Junho de 2002. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/3935.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. 4. ed. São Paulo: 2009. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/codigo-das-melhores-praticas-de-governanca-corporativa.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.
- CÂMARA DO MERCADO. Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado. 2001. Disponível em: https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/regulamento-de-arbitragem_2001.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. V. 2, artigos 75 a 137. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CONSULTOR JURÍDICO (site). Petrobras assina acordo de US\$ 3 bilhões para encerrar ação coletiva nos EUA. 3 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-03/petrobras-assina-acordo-us-bilhoes-encerrar-acao-eua>. Acesso em: 3 jan. 2018.
- CORAPI, Diego; ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes. A obrigatoriedade de cláusula de arbitragem prevista nos estatutos das companhias abertas: anotações a partir da decisão no caso *in re* Petrobras Securities Litigation (S.D.N.Y, 116 FSUPP3D. 386, July 30, 2015). In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 55, out.-dez. 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2017.
- FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2019.
- LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública - Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

- MARTINS, Pedro A. Batista. Responsabilidade de Acionista Controlador: considerações doutrinária e jurisprudencial. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. V. 27, jan.-mar. 2005.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Arbitragem e novo mercado*. MATTOS FILHO; VEIGA FILHO; MARREY JR.; QUIROGA ADVOGADOS. Arbitragem no Brasil. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. Disponível em: <https://dokument.pub/arbitragem-no-brasil-volume-1-portugues-flipbook-pdf.html>. Acesso em: 23 set. 2021.
- PETROBRAS. Blog Fatos e Dados: assinamos acordo para encerrar class action nos EUA. 3 jan. 2018. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/assinamos-acordo-para-encerrar-class-action-nos-eua.htm>. Acesso em: 23 maio 2021.
- PETROBRAS. Estatuto Social, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária de 22 mar., 2002. Disponível em: <https://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.
- PETROBRAS. Estatuto Social, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária de 30 nov. 2020. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/31da34d0-1343-0014-c905-40108ec2c11e?origin=2>. Acesso em: 16 set. 2021.
- POLITO, Rodrigo; RAMALHO, André; SCHUFFNER, Cláudia; MAIA, Camila; CARRANÇA, Thais. Petrobras perde R\$ 6,2 bi com corrupção e tem prejuízo de R\$ 21,6 bi. In: *Valor Econômico*, Rio de Janeiro e São Paulo, 22 abr. 2015. Seção Empresas. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2015/04/22/petrobras-perde-r-62-bi-com-corruptcao-e-tem-prejuizo-de-r-216-bi.ghtml>. Acesso em: 23 maio 2021.
- ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e administração pública: nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 49, abr.-jun. 2016.
- TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. In: *Revista de Processo*. V. 264, fev. 2017.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017

Tabela 1 - Comparação entre o Item 1.2 do Regulamento da CAM-BOVESPA de 2001 e a Cláusula Compromissória Estatutária da Petrobras

Regulamento da CAM-BOVESPA	Estatuto Social da Petrobras
<p>1.2 O Regulamento tem a finalidade de assegurar aos Participantes dos Segmentos Especiais de Listagem da BOVESPA (cf. item 2.1 abaixo) as normas institucionais e procedimentais necessárias à obtenção de soluções para todos os conflitos que possam surgir entre eles, decorrentes da aplicação das disposições contidas na Lei das S.A.s, nos Estatutos Sociais das Companhias, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento de Listagem do Novo Mercado, do Regulamento de Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa e dos Contratos firmados pelas Companhias listadas nos Segmentos Especiais de Listagem da BOVESPA, com a estrita observância à legislação vigente.</p>	<p>Art. 58 - Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.</p>