



.....

COMENTÁRIOS À SENTENÇA ARBITRAL FINAL DO CASO CCI Nº 26245, DE 09 DE AGOSTO DE 2023 (PETRA ENERGIA S.A. V ANP)

.....

Niló Sérgio Gaião Santos¹

No mês de agosto de 2023, recebemos o resultado positivo de um relevante procedimento arbitral, oriundo de uma concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. Por convite da Revista, optamos por trazer essa importante decisão ao conhecimento de todos os leitores do periódico.

A disputa foi iniciada pelo concessionário (Petra Energia S.A.) contra a ANP com base na cláusula arbitral existente no contrato. Segundo essa cláusula, disputas contratuais precisariam ser resolvidas por meio de arbitragem, que é um método heterocompositivo de solução de litígios. Além de afastar a competência do Poder Judiciário para a solução da disputa, a arbitragem resulta na prolação de uma decisão definitiva, para qual não existe possibilidade de recurso arbitral ou judicial.

No caso comentado, o mérito era bastante interessante e inovador. Em linhas gerais, a ANP declarou a perda da qualificação da concessionária, que na prática se tornara insolvente, e possibilitou à empresa que transferisse seus contratos como alternativa à rescisão contratual. No entanto, a Petra Energia indicou como empresa cessionária uma pessoa jurídica repleta de pontos de contato com a concessionária original: um dos sócios da cessionária, por exemplo, era filho

1 - Procurador Federal. Coordenador de Arbitragens da PF/ANP. Coordenador substituto da Equipe Nacional de Arbitragens da PGF (ENARB). Especialista em Direito e Economia da Regulação pela UERJ. Master of Laws em Arbitragem Internacional pela Queen Mary University of London. E-mail: nilo.santos@agu.gov.br

do presidente da Petra Energia. Diante da confusão entre velha e nova empresas, a ANP negou o pedido de cessão, entendendo se tratar de negócio jurídico simulado.

Essa negativa administrativa teve um alto impacto financeiro. Negada a cessão, os contratos foram declarados extintos por inadimplemento; com isso, a ANP iniciou providências para executar as respectivas garantias financeiras, que juntas totalizam mais de R\$ 400 milhões em valor atualizado.

O objeto da disputa passava por definir se a decisão administrativa era válida, se foi observado o devido processo legal e se a ANP poderia ter imposto as multas contratuais protegidas pelas garantias. Em suma, o ponto nodal era a caracterização ou não de simulação, que é algo notoriamente difícil de comprovar.

O procedimento teve início em março de 2021, com a apresentação de Requerimento de Arbitragem por parte da empresa, no qual indicou como árbitro o Professor Cristiano Zanetti. Em sua Resposta, a ANP indicou a Professora Carmen Tibúrcio. Os coárbitros, em conjunto, acabaram por indicar o Professor Cesar Guimarães Pereira como árbitro presidente.

A condução do caso foi excepcional: o Tribunal Arbitral atuou de maneira harmônica, imparcial, detalhista e célere. A sentença foi prolatada pouco mais de 2 anos depois do início do procedimento, decidindo a disputa de maneira integralmente favorável à ANP.

São vários os aspectos de mérito que se apresentam importantes para a ANP e demais entidades representadas pela AGU. Os dois principais são, na nossa opinião, os entendimentos de que a simulação é um instituto de Teoria Geral do Direito, dispensando expressa previsão na regulação ou no contrato, e de que a comprovação desse tipo de vício demanda a compreensão de provas indiretas e da situação fática como um todo. Além desses pontos, a rejeição da tese de violação do devido processo legal administrativo também merece atenção, por ter rechaçado a leitura formalista e ultrapassada feita pela concessionária sobre esse princípio.

O caso também é relevante para o contexto atual de incremento no número de arbitragens envolvendo entidades federais. A condução eficiente e o nível de qualidade da decisão demonstram que a arbitragem possui, sim, benefícios em comparação com o Poder Judiciário, onde processos se alongam por anos e passam por diversas instâncias sem que isso reflita necessariamente em decisões técnicas. Considerando a necessidade de maior segurança jurídica na solução de disputas decorrentes de contratos complexos e de longo prazo, poder público e concessionário extraem óbvios benefícios de uma arbitragem bem conduzida.

Por fim, para permitir a publicação da sentença na Revista, houve a necessidade reduzi-la drasticamente. Não foi tarefa fácil diminuir 180 páginas para cerca de 40: isso só pôde ser alcançado com a manutenção dos tópicos mais relevantes, que veiculam a efetiva decisão dos árbitros em cada um dos pontos controvertidos. Optou-se, ademais, também pela eliminação de notas de rodapé.

Essa redução, contudo, não gera qualquer prejuízo. Em breve, a íntegra da sentença será disponibilizada no website da Equipe Nacional de Arbitragens da Procuradoria-Geral Federal, que atuou na disputa em conjunto com a Procuradoria Federal junto à ANP (<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/casos-finalizados>).

Espera-se que a sentença arbitral gere curiosidade e interesse naqueles que ainda não possuem familiaridade com a arbitragem como forma de solução de disputas. E para os que já são familiares a esse tipo de litígio, que a decisão possa contribuir para o seu aprofundamento acadêmico ou prático.

Versão adaptada da Sentença Arbitral Final

1. INTRODUÇÃO

Esta Sentença Arbitral resolve disputa submetida à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) relativa a 17 (dezessete) Contratos para Exploração e Produção de Petróleo e Gás celebrados pelas Partes (“Contratos”) com base na 11ª Rodada de Licitações de Blocos da ANP.

O Procedimento Arbitral CCI nº 26245/PFF (“Procedimento” ou “Arbitragem”) é contratualmente regido pelo compromisso arbitral firmado pelas Partes em 25 de março de 2021 (“Convenção de Arbitragem”), pelo Regulamento de Arbitragem da CCI em vigor desde 1º de janeiro de 2021 (“Regulamento”) e pela Ata de Missão assinada pelas Partes e Árbitros em 5 de novembro de 2021 (“Ata de Missão”). É legalmente regido pela Lei 9.307 de 1996 (“Lei de Arbitragem”). O litígio foi decidido de acordo com o direito brasileiro.

A Requerente é a Petra Energia S.A. (“Petra” ou “Requerente”), pessoa jurídica de direito privado com sede na República Federativa do Brasil. A Requerida é a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bio-combustíveis (“ANP” ou “Requerida”), autarquia federal vinculada ao Ministério de Minas e Energia da República Federativa do Brasil.

A disputa se refere a determinadas consequências do inadimplemento dos Contratos. A ANP possibilitou, por meio de notificação de 13 de dezembro de 2018 (DRTE-003), a cessão dos Contratos como alternativa à resolução por inadimplemento (“Cessão Compulsória”). A Petra assinou instrumento de cessão de direitos exploratórios (“Termo de Cessão”) à empresa Tucano Sul Exploração e Produção de Petróleo e Gás Ltda (“Tucano Sul”) em 14 de março de 2019 (DRTE-005), mas seu objeto e execução foram subsequentemente frustrados pela Resolução de Diretoria nº 492/2020 (“RD 492/2020” – DRTE-028) da ANP que, em 1º de outubro de 2020, denegou o pedido de cessão.

O inadimplemento dos Contratos pela Petra, um dos pressupostos da Cessão Compulsória, não é objeto deste procedimento. Outro procedimento arbitral discute essa questão (DRDA-008). Esta Arbitragem trata apenas da denegação, pela ANP, da cessão dos direitos exploratórios objeto dos Contratos pela Petra à Tucano Sul.

A ANP afirma ter indeferido o pedido de cessão porque haveria indícios de que a relação entre Petra e Tucano Sul permitiria à Petra manter o controle efetivo sobre os Contratos. A ANP qualifica o negócio entre Petra e Tucano Sul como “burla à cessão compulsória”.

A Petra pede a declaração de nulidade da RD 492/2020, alegando a existência de vícios insanáveis no processo administrativo que a gerou. Sucessivamente, pede a declaração de ilegalidade da denegação da cessão dos Contratos por inexistência do motivo, alegando não existir prova de burla à cessão compulsória ou outro defeito na cessão pretendida.

As Partes nomearam Cristiano de Sousa Zanetti e Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio como Árbitros, os quais, por sua vez, indicaram conjuntamente Cesar Augusto Guimarães Pereira como Árbitro Presidente (conjuntamente referenciados como “Tribunal” ou “Árbitros”).

O Tribunal inicialmente nomeou Izabela Costa Moriggi, posteriormente substituindo-a por Leonardo F. Souza-McMurtrie para atuar como Secretário Administrativo (“Secretário”). Tendo recebido as revelações cabíveis, as Partes concordaram com as nomeações.

Durante o procedimento, as Partes apresentaram argumentos e provas pré-constituídas na rodada de alegações iniciais. Em seguida, produziram provas e apresentaram novos documentos, inclusive ouvindo testemunhas em audiência, e, ao final, apresentaram alegações finais. O Tribunal deferiu todos os pedidos de produção de provas e permitiu a apresentação de todas as manifestações provenientes das Partes.

O Tribunal analisou todos os fatos, documentos e argumentos em disputa, levando-os em consideração, ainda que não tenham sido expressamente referenciados, para exarar esta Sentença Arbitral Final (“Sentença”). A Sentença foi submetida a exame prévio, conforme art. 34 do Regulamento, e aprovada em sessão plenária da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, tendo cumprido todos os requisitos formais e regulamentares.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Invalidez do Processo Administrativo

2.1.1 NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO COMPULSÓRIA

O processo administrativo de cessão da concessão e a RD 492/2020 têm natureza sancionatória?

2.1.1.1.1 Previsão da Cessão dita “Compulsória”

A chamada “cessão compulsória” não é prevista na Lei 9.478/1997, que institui a Política Energética Nacional sobre Petróleo. O art. 29 regula a cessão em termos genéricos, aplicáveis independentemente de a cessão ser pleiteada em situação de normalidade ou como forma de evitar a resolução contratual por inadimplemento:

Art. 29. É permitida a transferência do contrato de concessão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP, conforme o previsto no art. 25.

Parágrafo único. A transferência do contrato só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da ANP.

Os Contratos de Concessão (DRTE-002) tampouco utilizam a expressão “cessão compulsória”. A cl. 28 dos Contratos de Concessão regula a cessão e seu procedimento de modo amplo, sem distinguir a sua origem. A cl. 29 dos Contratos de Concessões trata do descumprimento, penalidades e extinção do contrato. A cl. 29.2 prevê a aplicação de sanções administrativas e contratuais.

A resolução é prevista na cl. 29.3 em duas hipóteses: “(a) descumprimento, pelo Concessionário, das obrigações contratuais no prazo fixado pela ANP, em não se tratando de hipótese de extinção de pleno direito; (b) falência, insolvência ou requerimento de recuperação judicial por parte de qualquer Concessionário”. Os Contratos de Concessão aludem à possibilidade de cessão para evitar a resolução em duas situações. Segundo a cl. 29.3.2, o consorciado inadimplente pode “transferir sua participação indivisa nos direitos e obrigações deste Contrato para os outros integrantes do consórcio, de acordo com os termos da Cláusula Vigésima Oitava”. De modo mais explícito, a cl. 29.4 prevê que “[e]m quaisquer dos casos previstos na alínea ‘b’, será conferido um prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data dos referidos eventos, para que o Concessionário ceda a sua participação indivisa nos direitos e obrigações deste Contrato, nos termos da Cláusula Vigésima Oitava”. No caso concreto, apenas a segunda previsão é relevante, uma vez que não se trata de consórcio.

Há duas constatações importantes. Primeiro, os Contratos de Concessão não preveem a cessão alternativa à resolução em qualquer caso, apenas nos de falência, insolvência ou pedido de recuperação judicial. Depois, não há qualquer alusão a uma “cessão compulsória”; a cessão é prevista como alternativa à resolução, conforme consta da cl. 29.5, “[c]aso não seja efetuada a Cessão, a ANP resolverá este Contrato com relação ao Concessionário inadimplente, sem prejuízo, quanto a tal resolução, dos direitos e obrigações dos demais Concessionários”. O pressuposto para abertura dessa faculdade ao concessionário é a verificação da existência de uma causa de resolução contratual, submetida à cl. 29.6 dos Contratos: “[a] resolução deste Contrato na forma do parágrafo 29.3 deverá ser precedida da constatação do inadimplemento absoluto do Concessionário, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurado direito ao contraditório e ampla defesa”.

Ao possibilitar à Petra a cessão alternativa à resolução, a ANP não se limitou a aplicar a redação literal dos Contratos de Concessão, mas incorporou solução mais favorável à Petra prevista nos contratos da rodada então mais recente (15ª Rodada). O Ofício nº 943/2018/SEP (DRTE-003), de 13 de dezembro de 2018, consignou o seguinte:

Dessa forma, aplicando, por evolução regulatória, o disposto na Cláusula Trigésima do Edital da 15ª Rodada, item 30.4.1, vem a Superintendência de Exploração fixar o prazo de 90 dias, a contar do recebimento do presente Ofício, para que a referida concessionária formalize, perante a ANP/SPL, o pedido de Cessão de sua participação indivisa nos direitos e obrigações dos contratos de concessão celebrados com a ANP, sob pena de aplicação das penalidades contratuais previstas, além da rescisão contratual.

Como é incontroverso nos autos, o Edital da 15ª Rodada continha a previsão de cessão alternativa à resolução, sem a vedação expressa de cessão para afiliada, introduzida apenas na 16ª Rodada. Esse ponto será examinado adiante. A evolução regulatória foi adotada conforme o que viria mais tarde a ser consagrado no art. 46 da Resolução nº 785/2019, segundo a qual os requisitos para a cessão deveriam ser os previstos no contrato objeto da rodada mais recentemente aprovada pela Diretoria Colegiada da ANP.

2.1.1.1.2 Etapas da Cessão Compulsória

Dessa descrição, infere-se que a cessão compulsória – ou, mais propriamente, a cessão alternativa à resolução contratual – baseada nas cls. 29.4 e 29.5 dos Contratos de Concessão ou 30.4.2 do contrato de concessão da 15ª Rodada é realizada em duas etapas.

Na primeira fase, há um processo inequivocamente sancionatório de apuração do inadimplemento contratual do concessionário que seja causa de resolução contratual. Os próprios Contratos de Concessão (cl. 29.6) o submetem às exigências de contraditório e ampla defesa.

Apurado inadimplemento que autorize a aplicação da sanção de resolução contratual, abre-se, na segunda fase, a faculdade de o concessionário buscar a cessão da concessão, na forma da cl. 28 dos Contratos de Concessão, evitando o sancionamento. Esse segundo processo tem natureza diversa.

2.1.1.1.3 Natureza ampliativa da segunda etapa da Cessão Compulsória

Na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, há procedimentos administrativos restritivos ou ablatórios, “como no caso de cassações de licença ou de declaração de caducidade de uma concessão de serviço público ou de rescisão de um contrato administrativo por inadimplência do contratado”. Em contraposição a esses, “há procedimentos em vista de atos ampliativos, como o seriam, v.g., os de registro de marcas e patentes, por exemplo, ou, de modo geral, as concessões, licenças, permissões, autorizações, admissões e preparatórios de contratações ou alienações”. Segundo o doutrinador, a importância dessa distinção “advém de que muitos dos princípios retores do procedimento administrativo foram concebidos em vista dos procedimentos restritivos e – particularmente – dos sancionadores. Daí que parte dos cânones básicos do procedimento diz respeito tão só a esta espécie”. A distinção é abraçada por Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari.

Por sua vez, Marçal Justen Filho alude a processos administrativos versando sobre interesse privado, nos quais cabe ao particular (titular do interesse ou direito) escolher quando pleitear à Administração que exerce suas competências decisórias em relação ao interesse privado em questão.

Embora não se ponha em dúvida que os princípios do contraditório e ampla defesa se apliquem a tais procedimentos, a premissa da iniciativa particular – derivada da natureza do interesse subjacente (privado) e do objetivo do procedimento (ato ampliativo) – afeta tanto a amplitude de tais princípios quanto a diretriz de oficialidade dos procedimentos administrativos. Nos procedimentos ampliativos ou de interesse primordialmente privado, coloca-se carga especial sobre a iniciativa dos particulares interessados no procedimento, ao contrário da premissa sancionatória adotada pela Petra.

Portanto, a ANP defende com razão que o procedimento da cessão em si – mesmo que seja dita compulsória ou alternativa à resolução contratual – não tem natureza sancionatória. Na segunda fase, depois de constatada a causa da resolução contratual (em procedimento, aí sim, restritivo de direitos e sancionatório), o pedido de cessão da concessão previsto na cl. 28 dos Contratos de Concessão é ampliativo de direitos. É de iniciativa dos particulares interessados na cessão. O móvel para instaurar este procedimento, consistente no mero interesse econômico do cedente e concessionário em transferir a titularidade da concessão ou na intenção do concessionário (cedente) de evitar a sanção de resolução contratual, não altera sua natureza.

Como repetidamente esclarecido pelas Partes, a causa da resolução contratual não é objeto desta Arbitragem. Portanto, discute-se aqui unicamente a segunda fase da chamada “cessão compulsória”, consistente no pedido de cessão em si.

Portanto, a Petra não tem razão ao afirmar que a cessão seria uma medida punitiva decorrente do inadimplemento absoluto. Na verdade, a constatação desse inadimplemento leva à resolução do contrato, que, esta sim, tem caráter punitivo. A cessão só é considerada após confirmar-se a presença dos requisitos para a aplicação da resolução contratual, proporcionando uma última oportunidade para a concessionária evitar essa resolução.

A Petra tampouco tem razão em argumentar que a cessão, ao substituir a resolução contratual, incorporaria automaticamente a natureza punitiva desta. Contrariamente ao processo de resolução contratual, a segunda fase da cessão “compulsória” não é imposta à concessionária, muito menos serve para defendê-la de qualquer acusação cujo objetivo seja limitar seus direitos. Pelo contrário, a cessão “compulsória” é uma alternativa não punitiva à resolução contratual, almejada pela própria concessionária para evitar a extinção contratual. Nesse contexto, os únicos desfechos possíveis são: (i) a autorização da cessão, na qual a concessionária não apenas evita a resolução contratual, mas também adquire um direito anteriormente inexistente de vender a concessão; ou (ii) a recusa da cessão, situação na qual a concessionária mantém o status quo anterior sem perder quaisquer direitos, aperfeiçoando-se a já então iminente resolução contratual.

2.1.1.1.4 Relevância da proximidade entre Cedente e Cessionário

Cabe uma ressalva importante. Na cessão dita “voluntária”, em oposição à “compulsória”, a eventual vinculação entre o cedente e o cessionário não é relevante. Embora inaplicável a este caso, o contrato de concessão da 16ª Rodada ilustra esta constatação. A vedação à cessão para uma “afiliada” só se aplica na cessão alternativa à resolução; não há obstáculos para que uma cessão voluntária ocorra entre empresas do mesmo grupo econômico da cedente. Ao contrário, é situação corriqueira em casos de reorganização empresarial.

Nesse ponto específico, o processo de cessão alternativa à resolução (dita “compulsória”) tem um requisito adicional implícito. Para evitar a sanção de resolução contratual, a cessão deve promover a efetiva alienação – vale dizer, transferência para outrem – da concessão original. Cabe aos interessados na cessão compulsória demonstrar que a transferência é real. O concessionário deve ceder (vale dizer: abrir mão, dela afastar-se) “a sua participação indivisa nos direitos e obrigações deste Contrato”. Não pode reter direitos ou obrigações nem se manter vinculado de modo significativo ao novo concessionário.

Esse requisito implícito não tem qualquer relação com a vedação, introduzida pela 16ª Rodada de Concessões da ANP, de cessão para empresas afiliadas. A vedação da 16ª Rodada colhe apenas um exemplo mais evidente de situação em que o concessionário anterior mantém vínculos com o potencial cessionário. Mas não é exauriente. Não implica que a ANP deva admitir a cessão em situações nas quais o cedente mantenha um vínculo indireto relevante com o cessionário, ainda que não se caracterize uma relação de filiação. Nem autoriza que a cessão ocorra de modo simulado. Apenas simplifica a aplicação desse requisito adicional ao vedar um caso mais óbvio de permanência de vínculos. A proibição implícita de cessões simuladas ou que, de outro modo, mantenham o cedente com influência relevante sobre o cessionário ou sobre os direitos ou obrigações oriundos do contrato de concessão existia antes da alteração promovida pela 16ª Rodada e permanece existindo depois dela. O fundamento para o reconhecimento dessa proibição implícita consiste na premissa de que a cessão deve ser válida (e, nos termos do art. 167 do Código Civil

(“CC”), os atos simulados são nulos) e produzir o efeito de efetiva substituição do concessionário por um terceiro.

2.1.1.1.5 Interesse primário do particular na cessão

Ao permitir à ANP aferir a validade e a veracidade da cessão alternativa à resolução, o regime dos Contratos de Concessão distingue o pleito de cessão compulsória dos pleitos comuns de cessão da concessão. Mas isso não afeta a sua natureza de processo realizado no interesse precípua do cedente e do cessionário, aos quais cabem a iniciativa do pedido e o seu desenvolvimento eficiente.

Embora haja um claro interesse coletivo em que a concessão possa ser transferida para um terceiro que tenha condições de a explorar, em lugar de ser extinta e sujeita a nova licitação, a ANP não tem nenhum instrumento para constranger o concessionário a pleitear ou a efetivar a cessão. Se o concessionário não buscar a cessão, a ANP estará limitada a levar adiante a resolução contratual e retomar a concessão. Isso confirma que os interesses concretizados por meio da cessão, compulsória ou não, são precipuamente os do concessionário original (cedente) e potencial (cessionário).

Ao contrário dos processos restritivos e sancionatórios, como a fase de constatação da causa de resolução contratual, em que os potenciais apenados assumem uma posição passiva, os processos ampliativos de direitos (como os de cessão, compulsória ou voluntária) exigem dos interessados uma postura ativa. Daí a constatação de que o princípio da oficialidade do procedimento administrativo não se aplica na mesma extensão aos procedimentos ampliativos.

Também deriva dessa distinção a diferença no fundamento para o princípio da audiência do interessado (reflexo da ampla defesa e contraditório) nos procedimentos restritivos ou ampliativos. Naqueles, o princípio deriva do art. 5º, LV, da Constituição Federal; nestes, provém apenas da proteção da cidadania. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “se a Lei Magna prestigia tão solenemente a cidadania e se proclama com ênfase a soberania popular, seria contraditório a ambos que a Administração pudesse decidir um assunto respeitante a um dado cidadão sem lhe oferecer, antes da providência que o afetará, o direito de ser ouvido e de exhibir, com as provas que pretendesse aportar, a procedência de seu direito ou interesse”. A distinção de fundamentos implica o temperamento do princípio da audiência do interessado pela natureza privada do interesse subjacente ao processo ampliativo. A oportunidade de ser ouvido e produzir provas deve ser compatível com a postura ativa exigível dos interessados no desenvolvimento eficiente e eficaz do processo ampliativo.

2.1.1.1.6 A cessão não tem natureza sancionatória

Desse modo, o Tribunal Arbitral resolve o ponto controvertido em questão no sentido de que o processo em si de cessão da concessão com base na cl. 28 dos Contratos de Concessão, mesmo se iniciado pela Petra na tentativa de afastar a aplicação da sanção de resolução dos Contratos de Concessão, não tem ele próprio natureza sancionatória. É processo ampliativo de direitos da Petra e da Tucano Sul, como cedente e cessionária das concessões, respectivamente. Não se confunde com o processo sancionatório de apuração das causas de resolução contratual e de imposição dessa medida se não efetivada a cessão alternativa a ela. Por decorrência, a decisão dele derivada, de deferimento ou indeferimento da cessão, também não tem natureza sancionatória.

As eventuais consequências dessa premissa para a análise do cumprimento (ou não) dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório são examinadas no tópico seguinte.

2.1.2. Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório

O processo administrativo de cessão da concessão e a RD 492/2020 violaram o devido processo legal, os direitos à ampla defesa e contraditório da Petra?

2.1.2.1.1. Contraditório e ampla defesa em processos ampliativos de direitos

As Partes não controvertem quanto à incidência dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório ao processo administrativo que conduziu à RD 492/2020. Porém, apresentam compreensão diversa acerca do que tais princípios implicam em termos concretos. Enquanto a ANP ressalta que a Petra teve pleno acesso aos autos administrativos e ciência, em diversas oportunidades, dos seus andamentos relevantes, a Petra entende que tais princípios lhe assegurariam o direito de ser intimada especificamente para se manifestar sobre os fatos reputados relevantes pela ANP. A Petra extrai sua conclusão inclusive do fato de que, em fase inicial do procedimento (DRTE-047), a ANP efetivamente notificou a Petra para esclarecer determinados aspectos específicos das circunstâncias relativas à cessão. Reputou que seria notificada do mesmo modo caso outros fatos fossem considerados relevantes pela ANP.

A Petra não tem razão, pelas razões já expostas no tópico anterior e adiante complementadas. A distinção do fundamento constitucional para o princípio da audiência do interessado – o qual reflete e consolida as noções de devido processo legal, ampla defesa e contraditório – nos processos restritivos (sancionatórios) e ampliativos tem relevância para a solução desta controvérsia. A posição do interessado em uma cessão de concessão (voluntária ou compulsória) não é idêntica à de um acusado em processo sancionatório. É essencial que o interessado tenha acesso aos autos do processo administrativo e oportunidade para atuar de modo a influenciar em seu resultado. Porém, não lhe é dado adotar uma postura passiva e inerte.

Contudo, ainda que o processo administrativo fosse interpretado como restritivo de direitos, o que não é, os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa foram seguidos estritamente. Como se verá a seguir, o Tribunal considera (i) tanto que a Petra foi formalmente intimada, com tempo razoável, para se manifestar sobre os fatos e imputações que subsequentemente embasariam a RD 492/2020, quanto que (ii) a Petra atraiu para si o ônus de se manifestar ao ter tomado conhecimento voluntário, mas inequívoco, desses fatos e imputações meses antes de a RD 492/2020 ser expedida.

2.1.2.1.2 Intimação da Petra anterior à RD 492/2020

No caso concreto, é incontroverso que a Petra foi efetivamente intimada em 21 de setembro de 2020 (DRTE-048) sobre todos os pareceres e opiniões que instruíram a Proposta de Ação 0563/2020 (DRTE-026) e, dez dias depois, a decisão denegatória objeto da RD 492/2020. Independentemente de quaisquer outras circunstâncias, as quais serão examinadas adiante, é inequívoco que tal ciência integral dos elementos do processo administrativo e das conclusões preli-

minares da ANP ocorreu pelo menos dez dias – senão quase dois meses – antes da efetiva decisão proferida pela ANP. Também é incontroverso que a Petra não se manifestou nesse período.

A despeito de, em ocasião anterior (DRTE-047), a Petra haver sido notificada para prestar esclarecimentos específicos, não poderia ter ignorado a notificação recebida em 21 de setembro de 2020 ou a considerado irrelevante e inócua. Ao contrário, se a notificação foi realizada, teve o propósito de levar tais circunstâncias ao conhecimento inequívoco da Petra para que esta, se o desejasse, adotasse as providências que reputasse necessárias em procedimento destinado a tutelar o seu interesse individual de obter a cessão da concessão e evitar a resolução contratual.

A Petra alega que naquele momento a decisão administrativa já estava virtualmente tomada e que não haveria tempo hábil para influenciar a decisão. O argumento é improcedente. A decisão efetiva da Diretoria Colegiada da ANP foi tomada apenas dez dias depois da intimação. O que ocorreu no dia seguinte (DRTE-026) foi apenas a produção da Proposta de Ação 563/2020, baseada nos documentos disponibilizados para a Petra, para oportuna deliberação pela Diretoria Colegiada. E o prazo de dez dias, em si, não pode ser presumido insuficiente. Trata-se, inclusive, do prazo padrão para recursos administrativos na Administração Federal. O próprio fato de a ANP haver promovido a notificação da Petra naquele momento anterior à deliberação da Diretoria Colegiada demonstra a disposição de receber esclarecimentos adicionais que pudessem influenciar o julgamento da Diretoria Colegiada. Apesar de notificada tempestivamente, a Petra optou por não se manifestar, a despeito do seu presumível interesse em uma decisão favorável à cessão à Tucano Sul.

O Tribunal Arbitral entende que essa notificação específica é, por si só, suficiente para afastar a alegação de nulidade da RD 492/2020 por ofensa ao devido processo legal, contraditório ou ampla defesa. A Petra recebeu todas as informações pertinentes para poder prestar os esclarecimentos que reputasse cabíveis em momento anterior à prolação da decisão da Diretoria Colegiada da ANP. Manteve-se inerte por sua própria escolha.

2.1.2.1.3 O acesso voluntário da Petra ao processo administrativo atraiu o ônus de se manifestar

Porém, essa não é a única circunstância que demonstra a regularidade da tramitação do processo administrativo que levou à RD 492/2020.

A ANP mantém que a Petra teve, de fato, acesso ao processo administrativo, conforme evidenciado pelo Relatório de Acessos (DRDA-058). Este relatório é um elemento fundamental na avaliação da alegação da Petra.

Em suas alegações, a ANP destaca vários momentos em que a Petra foi notificada sobre o processo administrativo. Isso inclui uma série de ofícios emitidos para a Petra, incluindo os Ofícios nº 9/2019/SPL-e-ANP, 67/2019/SPL/ANP-RJ-e, 97/2020/SPL/ANP-RJ, 212/2020/SPL/ANP-RJ-e, além da correspondência eletrônica enviada pela SPL em 21 de setembro de 2020 já referida acima.

O processo foi consultado várias vezes, incluindo uma ocasião em que a representante legal da Petra, Sra. Isabel Cristina Carvalho Ramires, acessou o processo em 7 de agosto de 2020.

A ANP destaca que, nessa data, já constavam do processo administrativo documentos que opinavam pelo indeferimento da cessão dos contratos, sobretudo o DRTE-022.

Levando em consideração que a decisão final sobre a cessão dos contratos pela Diretoria Colegiada da ANP ocorreu em 1º de outubro de 2020, a ANP tem razão em afirmar que houve um período significativo entre o acesso ao processo pela representante legal da Petra e a decisão final.

A Petra alega que não tem o ônus de acessar preventivamente os autos eletrônicos do processo administrativo e teria direito a uma intimação formal da ANP. Embora a afirmação seja até mesmo questionável no contexto de um processo de interesse individual da Petra, como o de cessão de uma concessão, a análise dessa alegação é irrelevante no caso concreto. O alegado direito a uma intimação, sem o ônus de acompanhamento permanente, apenas instrumentalizaria o acesso à informação da Petra e jamais seria absoluto ou independente das circunstâncias concretas. No caso, a Petra efetivamente optou por acessar os autos eletrônicos voluntariamente, tendo tido acesso inequívoco aos documentos e pareceres que opinavam pela denegação da cessão.

Destaque-se que a principal peça de análise dos elementos que demonstravam a simulação, consistente no Parecer Jurídico 20/2020 (DRTE-022), data de 20 de julho de 2020. É anterior e já constava dos autos quando ocorreu o acesso voluntário pela Petra, a qual tomou ciência inequívoca do Parecer Jurídico 20/2020 naquele momento.

O acesso voluntário ocorrido no início de agosto de 2020, quase dois meses antes da RD 492/2020, supriu qualquer possível deficiência de notificação e atraiu o ônus de a Petra se manifestar sobre os documentos a que teve acesso – inclusive sobre as conclusões adotadas pelo referido Parecer Jurídico 20/2020.

Se a Petra tivesse aproveitado essa oportunidade, o período teria sido mais do que suficiente para que se manifestasse voluntariamente sobre os fatos referidos no DRTE-022 e as conclusões extraídas pela SPL e pela Procuradoria Jurídica da ANP. Independentemente da ciência formal ocorrida em 21 de setembro de 2020 inclusive sobre outros atos praticados posteriormente, a ciência voluntária, mas inequívoca, ocorrida em agosto de 2020 já levou ao conhecimento da Petra todas as circunstâncias que vieram oportunamente a ser consideradas relevantes na decisão tomada pela Diretoria Colegiada da ANP por meio da RD 492/2020.

2.1.2.1.4 Relevância do comportamento processual da Tucano Sul

A ANP também argumenta que a Tucano Sul, cessionária, teve a oportunidade de se manifestar sobre os novos indícios levantados pela Procuradoria Federal (conforme DRTE-022) e optou por não o fazer. A alegação da ANP não infirma nem apoia qualquer conclusão diretamente aplicável a condução do processo em relação à Petra. A Petra está certa em afirmar que a Tucano Sul é pessoa jurídica diferente e que não há como se presumir a ciência da Petra a partir dos compromissos assumidos pela Tucano Sul perante a ANP.

Porém, a conduta da Tucano Sul, ao ser cientificada das conclusões preliminares da ANP, de se comprometer a apresentar esclarecimentos e jamais o fazer, tem relevância para outros fins. Reforça a gravidade dos elementos considerados pela ANP como reveladores da simulação. Afinal, apesar de ter recebido já em 10 de setembro de 2020 a oportunidade de esclarecer

os fatos, uma das então supostas participantes das condutas suspeitas (a Tucano Sul) optou por se omitir e deixar de apresentar quaisquer esclarecimentos. Embora o pedido de cessão seja formulado pelo cedente (Petra), que tem a iniciativa de levar adiante o procedimento, a Tucano Sul era diretamente interessada no resultado do processo e, presumivelmente, em assumir a concessão. A sua omissão, a despeito do compromisso expresso assumido por sua advogada de apresentar esclarecimentos por escrito, é um elemento que não pode ser ignorado. A isso se voltará adiante.

2.1.2.1.5 Relevância do ineditismo da cessão compulsória na ANP

Também não é relevante o fato de este ser, segundo os depoimentos prestados em audiência, o único processo até então existente de cessão compulsória na ANP. Quando muito, essa circunstância ajuda a explicar a demora adicional deste processo em comparação com outros processos de cessão de concessões conduzidos pela ANP – muito embora a causa mais relevante dessa demora adicional tenham sido as determinações judiciais para a sua paralisação, o que somente foi resolvido no final de julho de 2020 (DRTE-018, fls. 396-399). Porém, não afeta a natureza ou os requisitos explícitos e implícitos aplicáveis a um processo de cessão compulsória. O Tribunal reputa, pelos motivos já expostos, que a sua condução foi regular independentemente de não haver precedentes que pudessem ser considerados pelas Partes em relação à tramitação do processo.

2.1.2.1.6 Conclusão

Assim, o Tribunal entende que, tratando-se de processo ampliativo de direitos, não caberia à Petra ficar inerte por meses aguardando notificações da ANP. Ela tinha o ônus de movimentar o processo e empregar um nível razoável de diligência. E ainda que a cessão tivesse natureza sancionatória, o Tribunal entende que a Petra teve acesso voluntário aos documentos e aos autos do processo em momento que lhe permitiria exercer o contraditório e a ampla defesa, mesmo antes da notificação formal ocorrida em 21 de setembro de 2020. Essa conclusão é reforçada pela sequência de eventos e, sobretudo, pelo relatório de acessos produzido pela ANP.

Por decorrência, em vista do exposto neste tópico, o Tribunal Arbitral conclui que a RD 492/2020, que indeferiu a cessão das concessões, e o processo administrativo a ela subjacente não devem ser anulados por violação aos princípios do devido processo legal, contraditório ou ampla defesa.

2.1.3. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O processo administrativo de cessão da concessão e a RD 492/2020 violaram o princípio da impessoalidade, causando prejuízo à Petra?

2.1.3.1.1. Controvérsia fática quanto ao comentário do Sr. Guilherme Cas-tilho

A Petra alega que a ANP teria adotado uma conduta persecutória em relação especialmente ao seu sócio Sr. Roberto Viana Júnior, buscando criar artificialmente uma teia de relações como pretexto para denegar a cessão. Alega que os supostos indícios de simulação teriam sido construídos para amparar uma decisão já pré-concebida de rejeitar a cessão em face da ameaça de retorno futuro do sócio Sr. Roberto Viana Júnior, que teria sido formulada em comentário do Sr.

Guilherme Castilho em reunião com a testemunha Sra. Josie Quintella, referida nas linhas 3625-3654 da Transcrição da Audiência de Instrução.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a realidade de tal comentário é negada pela Petra com base em declaração escrita do próprio Sr. Guilherme Castilho (DRTE-105). Ou seja, a Petra defende que não teria existido o comentário que, por outro lado, alega ter desencadeado a suposta conduta persecutória da ANP em relação ao seu sócio Roberto Vianna Júnior. Caso se tome como verdadeira a afirmação da Petra de que o comentário nunca existiu, contrariamente ao que afirmou a testemunha Sra. Josie Quintella em seu depoimento, a conclusão seria a de que a investigação feita pela ANP acerca dos vínculos entre os sócios da Petra e os sócios da Tucano Sul teria derivado apenas de outros elementos já existentes nos próprios autos do processo administrativo, notadamente a partir das peças dos autos do mandado de segurança relativo à Servida.

No caso, o Tribunal entende que a existência (ou não) do comentário de Guilherme Castilho não é determinante para se avaliar o comportamento da ANP. Conforme é desenvolvido em mais detalhe adiante, a suspeita de existência de simulação em um processo de cessão compulsória (alternativa à resolução contratual) é grave o bastante para desencadear o dever da ANP de investigar.

2.1.3.1.2. A gravidade da suspeita justifica a investigação

Os fatos subjacentes a uma simulação são, por definição, de difícil apuração, uma vez que os envolvidos na simulação tipicamente se esforçam para os ocultar ou disfarçar, daí a simulação. O próprio depoimento do Sr. Vincent Nicholas Parkin confirmou diversos dos aspectos que a ANP investigou com base na documentação a que teve acesso na época dos fatos – ponto a que também se retornará adiante.

Desse modo, o processo administrativo não envolveu abuso ou violação da impessoalidade ou da moralidade. Ao contrário, foi compatível com a gravidade da suspeita de possível simulação na apresentação, pela Petra, de um cessionário apto a assumir suas dezessete concessões frustradas, como alternativa à resolução contratual. A descoberta das relações ocultas ou disfarçadas entre os diversos envolvidos era um elemento necessário para que a ANP pudesse chegar a uma conclusão devidamente motivada acerca dos fatos relevantes.

A demora na tramitação do processo de cessão também não denota qualquer intenção persecutória da ANP. Conforme consta do ¶ 4 do DRTE-027 e dos ¶¶ 15 a 17, pp. 08-09, do DRTE-026, o processo administrativo foi paralisado diversas vezes em atenção a determinações judiciais. Só houve a efetiva liberação da ANP para levar adiante o processo no final de julho de 2020 – pouco mais de dois meses antes da decisão final objeto da RD 492/2020.

Em vista do exposto, o Tribunal Arbitral não vislumbra ofensa aos princípios da impessoalidade ou moralidade administrativa no tratamento dado pela ANP aos fatos. Ao contrário, o objetivo que inspirou a conduta da ANP foi justamente o de impedir uma burla ao regime da cessão compulsória, fazendo valer o seu requisito implícito de dissociação entre o cedente e cessionário, identificado em tópico anterior desta Sentença.

2.1.4. A CHAMADA “EVOLUÇÃO REGULATÓRIA”

A cl. 27.11.1.1. dos Contratos de Concessão de Petróleo e Gás da 16ª Rodada foi aplicada direta ou indiretamente ao Contrato de Concessão, decorrente da 11ª Rodada? Em caso afirmativo, foi legítima a sua aplicação?

2.1.4.1.1. Inaplicabilidade da cl. 27.11.1.1 dos Contratos da 16ª Rodada

Conforme exposto no item 8.1.4.3.1 acima, acima, a evolução regulatória esteve presente desde a abertura à Petra da possibilidade de promover a cessão das Concessões como alternativa à resolução contratual. Na estrita redação dos Contratos de Concessão, essa possibilidade não existia. Era limitada a uma das hipóteses de resolução contratual, diversa da que a ANP reputa ocorrida neste caso. Portanto, se não pela evolução regulatória, a Petra sequer poderia ter buscado a cessão contratual como alternativa à extinção dos Contratos de Concessão.

Isso não significa que a abertura dessa possibilidade à Petra tenha sido uma liberalidade da ANP. Uma vez que as regras da 15ª Rodada já incorporavam um regime mais favorável de cessão compulsória, sem a limitação da 11ª Rodada, a ANP tinha o dever de, como o fez, assegurar à Petra essa alternativa. Bem por isso, o ¶ 5 do Ofício 943/2018/SEP (DRTE-003) fez menção expressa ao novo dispositivo: “aplicando, por evolução regulatória, o disposto na Cláusula Trigesima do Edital da 15ª Rodada, item 30.4.1, ...”.

A Resolução ANP 785/2019, editada no curso do processo de cessão das Concessões para disciplinar o “processo de cessão de contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural”, prevê a evolução regulatória em seu art. 46. Dispõe que, para efeito de qualificação do cessionário, as regras são as do último contrato aprovado pela Diretoria Colegiada antes do protocolo do pedido de cessão.

Desse modo, as regras aplicáveis ao pedido de cessão são precisamente as referidas no Ofício 943/2018/SEP (DRTE-003), consistentes nas previstas nos Contratos de Concessão, com as alterações introduzidas pelos contratos de concessão da 15ª Rodada, última aprovada antes do pedido de cessão.

Sob esse ângulo, tem razão a Petra ao apontar que a cl. 27.11.1.1 (que veda a cessão para uma empresa afiliada da cedente) não é aplicável ao pedido formulado pela Petra de cessão para a Tucano Sul.

2.1.4.1.2. A vedação à simulação se aplica aos Contratos da 11ª e da 15ª Rodada

Porém, como já exposto no item 8.1.1.3.4 acima, a inaplicabilidade da cl. 27.11.1.1 não impede a ANP de rejeitar cessão reconhecida como simulada, a qual não promove o necessário afastamento da concessionária original da gestão ou do cumprimento das obrigações objeto dos Contratos de Concessão. Tal como declarado pela ANP no processo administrativo, a cessão simulada implicaria burla ao regime da cessão compulsória (alternativa à resolução contratual), concebido precisamente para que a substituição do concessionário permitisse a preservação do contrato. A mera substituição aparente, como em uma cessão simulada, não atende a essa finalidade. Frustra um requisito implícito da cessão compulsória, consistente na realidade ou efetividade

da cessão. Tanto no regime da 11ª Rodada quanto no da 15ª Rodada, era vedada a cessão meramente aparente, que não assegurasse o necessário distanciamento da concessionária original em relação aos contratos preservados. Essa conclusão independe da redação adotada pela 16ª Rodada, que apenas vedou de modo expresso um caso mais evidente de permanência de vínculos (relação de afiliação) sem com isso legitimar outras hipóteses de mera aparência de cessão.

Por decorrência, embora a Petra tenha razão em alegar a inaplicabilidade da cl. 27.11.1.1 introduzida pela 16ª Rodada, disso não deriva a invalidade da RD 492/2020 ao rejeitar a cessão porque a reputou simulada.

2.1.4.1.3. A cl. 27.11.1.1 da 16ª Rodada não fundamentou a denegação da cessão

Há uma divergência das Partes também quanto aos fatos. A Petra alega que a cl. 27.11.1.1 foi pelo menos indiretamente aplicada, pois a ANP teria aludido a ela em duas oportunidades (DRTE-019 e DRTE-023) e depois disfarçado a sua aplicação mediante argumentos formalmente diversos. A ANP nega a sua aplicação e, em sucessão eventual, afirma que a Petra foi beneficiada por regras da 16ª Rodada e não poderia negar-se à aplicação da integralidade de tais regras mais recentes.

O Tribunal Arbitral reputa que a ANP tem razão nesse ponto, uma vez que os atos posteriores da ANP (como os DRTE-022 e DRDA-038) expressamente esclarecem os fundamentos jurídicos adotados, sem aludir à 16ª Rodada como fundamento para a rejeição da cessão. Em especial, a RD 492/2020 e os pareceres que a informaram apresentam fundamentação autônoma, desvinculada da 16ª Rodada. Para evitar qualquer dúvida, a ANP afirma de modo expresso que não considerou nem considera a Tucano Sul como afiliada da Petra. O defeito identificado é de simulação da cessão – ou seja, a inexistência real de transferência das Concessões para um terceiro, em face dos vínculos que a Petra manteria com a gestão da Tucano Sul e com o cumprimento das obrigações dos Contratos de Concessão.

Destaque-se especialmente o Parecer SPL 31/2020, de 14 de setembro de 2020 (DRTE-023), mencionado como tendo adotado a 16ª Rodada em sua fundamentação. Em seu ¶ 24, ainda sem fazer qualquer menção à 16ª Rodada, assenta que “a inteligência da norma contratual é de que, afastada a concessionária inadimplente, não é possível que em seu lugar opere uma outra pessoa jurídica atuando como longa manus da inadimplente, sob pena de manutenção da situação irregular com aparência de regular, caracterizando uma burla à cessão compulsória”. Somente depois dessa explicação, como reforço de argumento, menciona a regra superveniente da 16ª Rodada, sem de qualquer modo indicar que a estava aplicando ao caso concreto: “[t]anto é assim que, em consequência da evolução regulatória, os contratos de concessão mais recentes passaram a ter expresso esse entendimento, p. ex., o contrato da 16ª Rodada de Licitações”. O Parecer Jurídico 315/2020 (DRTE-027), que antecedeu a RD 492/2020, fez menção à 16ª Rodada em seu ¶ 12 ao descrever a cessão compulsória. Porém, no ¶ 26, ao estabelecer efetivamente os requisitos do procedimento, adotou exclusivamente a redação dos contratos da 11ª e da 15ª Rodadas, com base em parecer anterior da Procuradoria Jurídica da ANP.

A principal demonstração da irrelevância da cl. 27.11.1.1 da 16ª Rodada na fundamentação da denegação da cessão dos Contratos de Concessão consta dos ¶¶ 31 a 33 do Parecer Jurídico 20/2020 (DRTE-022), de 20 de julho de 2020, que é a principal peça para a compreensão

da motivação adotada pela ANP para o reconhecimento da simulação. Ao fazer menção ao entendimento da SPL de que a cessão poderia ser indeferida com base na referida cláusula, a Procuradoria Jurídica da ANP consignou o seguinte:

31. A cláusula contratual refere-se a sociedade filiada, sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital de outra, sem controlá-la. Trata-se de definição legal, contida no art. 1.099 do C.C. Não se trata aqui de cessão de direitos para sociedade filiada. O que se pode extrair da previsão contratual é a ideia de que, no caso da cessão compulsória, os ativos devem ser transferidos para outra sociedade empresarial, de forma que os ativos não fiquem de fato ou de direito ligados à cedente. Ou seja, a cláusula pode servir apenas como referência quando [*rectius*, quanto] ao racional do processo de cessão compulsória, que é o interesse público em que as atividades de exploração ou produção sejam executadas; e parece ter sido nessa linha a intenção da SPL.

32. A Resolução ANP nº 785/2019, que estabelece os procedimentos e requisitos para a cessão de contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural também não ajuda, pois não contém previsão específica para a cessão compulsória.

33. Conclui-se, então, pela ausência de regulação específica sobre o tema. Resta, assim, socorrer-se do disposto no Código Civil, em especial, o art. 167 e à teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Desse modo, conclui-se que a cl. 27.11.1.1 dos Contratos de Concessão de Petróleo e Gás da 16ª Rodada não foi aplicada direta ou indiretamente ao processo de cessão das Concessões objeto deste procedimento arbitral. Por decorrência, fica prejudicada a discussão sobre a legitimidade de tal aplicação, reconhecida como não ocorrida. Para evitar qualquer dúvida, o Tribunal Arbitral reafirma que o exame da realidade da cessão e da inexistência de simulação é assegurado à ANP com base nas regras efetivamente aplicadas no processo de cessão, notadamente as regras contratuais da 11ª e da 15ª Rodadas e o art. 167 do CC.

2.1.5. CONCLUSÃO

Pelo exposto nos itens anteriores, o Tribunal Arbitral reputa inexistentes causas processuais de nulidade da RD 492/2020 ou do processo administrativo a ela subjacente.

Nos itens seguintes, analisam-se as alegações da Petra acerca de defeitos substanciais da RD 492/2020, notadamente quanto à existência (ou não) da simulação reconhecida pela ANP como fundamento para a denegação da cessão à Tucano Sul pleiteada tempestivamente pela Petra.

2.2 Invalidade Substancial da RD 492/2020

2.2.1 CRITÉRIOS JURÍDICOS E PADRÃO DE PROVA ADOTADOS PELA RD 492/2020

A RD 492/2020 se pautou em meros indícios e não na comprovação de simulação negocial? Os indícios constantes do processo administrativo são aptos, em tese, para caracterizar simulação no negócio jurídico entre Petra e Tucano Sul?

2.2.1.1.1. Admissibilidade da Prova Indiciária

Nos termos do art. 167, caput, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico simulado, in verbis:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

De acordo com a doutrina, a simulação é “o resultado do ato de aparentar, produto de fingimento, de hipocrisia, de disfarce”. Nela, algo “se ostenta exteriormente, algo de exterior se mostra, enquanto algo de verdadeiramente intrínseco entendem os figurantes. Ostenta-se o que não se quis; e deixa-se, inostensivo, aquilo que se quis”.

No caso concreto, as Partes controvertem sobre se a cessão dos Contratos de Concessão foi ajustada entre Petra e Tucano Sul para aparentar uma situação jurídica que não chegaria a existir. Por outras palavras, controvertem sobre a caracterização de simulação absoluta. Em semelhante hipótese, “nenhum ato jurídico se quis praticar; nem o aparente, nem outro qualquer”.

Ao contrário do que defende a Petra, a doutrina não proíbe a demonstração de simulação a partir de indícios. A simulação pode ser provada por qualquer meio admitido em direito. De acordo com a doutrina, “nunca se discutiu, nem se pôs em dúvida, no direito brasileiro, se cabia provar-se a simulação, pelos vulgares meios de prova, inclusive indício e presunções”.

Na realidade, “a prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, frequentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções para chegar à convicção de sua existência”. Por essa razão, na prova da simulação, “os indícios avultam de importância”.

Desse modo, tal como alega a ANP, inclusive com base em julgados do STJ, a prova indiciária é admissível para a comprovação da simulação. Nesse sentido, embora com a ressalva de que não se deve admitir o “uso genérico e irrestrito de provas indiretas”, Luiz Carlos de Andrade Júnior destaca o papel dos indícios na prova da simulação:

É bem verdade que a prova da simulação tende a ser de árdua produção, pois, afinal de contas, os simuladores põem em prática um projeto voltado à manutenção, sob absoluto sigilo, de parcela do seu comportamento negocial, que, a todo custo, não querem ver revelado. Também não parece ser adequado negar que, acaso se exigisse comprovação direta da simulação, na maioria dos casos ela permaneceria incólume e isenta de sanção, pois não se tornaria alvo da cognição judicial. De modo que, dadas as peculiaridades da ilusão negocial, seria impossível negar que a comprovação da simulação, por natureza, requer o emprego de indícios e presunções.

Por outro lado, o Tribunal, de ofício, desconsidera a referência da ANP a trecho atribuído a Jean Baudrillard, na obra “Simulacros e Simulação” (J. Baudrillard (Simulacres et Simulation, 1981, trad. port.de M.J. Costa Pereira, Simulacros e Simulação, Relógio d’ Água, 1991, p. 30, citada na Resposta às Alegações Iniciais).

O Tribunal registra que notou incompatibilidade entre o trecho citado no ¶ 136 da Resposta às Alegações Iniciais e o conteúdo de tal obra. Contudo, o Tribunal entende que se trata de um erro de referência da ANP, que aparentemente copiou o trecho da nota de rodapé nº 91 da tese de doutorado de Luiz Carlos Andrade Júnior de 2014 “A simulação no Código Civil” e, equivocadamente, atribuiu sua autoria ao filósofo francês, citado imediatamente em seguida naquela nota de rodapé.

Os meios de prova para o reconhecimento dos indícios (fatos comprovados que ensejam as inferências e raciocínios conclusivos) não têm limitações específicas. Não há a exigência de algum meio específico. Como mera ilustração, o art. 446, I, do CPC admite prova testemunhal para demonstrar, nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada. De todo modo, a prova indiciária é amplamente utilizada pelo Tribunal de Contas da União (“TCU”) na análise de contratos administrativos pois “constitui prova a existência de indícios vários, convergentes e concordantes”, posicionamento extraído do Supremo Tribunal Federal (“STF”), de que “indícios vários e concordantes são provas”.

2.2.1.1.2. Natureza e utilização da prova indiciária

Cabe preliminarmente ressaltar que a prova indiciária não significa ausência de prova. Trata-se meramente de uma forma indireta de prova, por meio da qual se adota uma inferência lógica, a partir de fatos efetivamente comprovados. Não se trata de inexistência de prova, mas da aplicação de um raciocínio interpretativo sobre os fatos provados. Assim como na prova direta, a prova indireta – ou indiciária – requer a demonstração dos fatos.

Disso resultam duas consequências importantes para o presente caso. Primeiro, os fatos sobre os quais se aplicam os raciocínios interpretativos devem estar efetivamente comprovados. Depois, a sua consideração conjunta adquire relevância que ultrapassa a de cada fato individual, pelo que os fatos comprovados podem e devem ser compreendidos em sua composição, não isoladamente, para a construção do raciocínio interpretativo.

A essas considerações deve-se acrescentar a circunstância de que a ANP não dispõe de poderes investigatórios irrestritos ou comparáveis àqueles à disposição de autoridades investigatórias e do Poder Judiciário. Sendo esse o caso, e notadamente quando se está potencialmente diante de hipótese de simulação, não seria mesmo razoável impor ônus probatório rígido. A decisão tomada pela ANP deve refletir seus melhores esforços na busca da realidade dos fatos.

Na RD 492/2020, a ANP buscou identificar situações que implicassem uma burla à premissa da cessão compulsória de efetivo afastamento da Petra da execução dos Contratos de Concessão. Reputou ser simulada a suposta cessão para a Tucano Sul porque a Petra permaneceria, sob vários aspectos, vinculada aos Contratos de Concessão. Não considerou que a Tucano Sul seria uma afiliada da Petra – como seria se integrassem um mesmo grupo econômico e tivessem participação societária em comum, embora sendo pessoas jurídicas diversas. Ao contrário, considerou que a realidade da transferência da concessão para um terceiro (Tucano Sul) era negada por uma série de fatores não explicitamente revelados pela documentação apresentada pela Petra no processo administrativo de cessão. Voltar-se-á a tais fatores em tópico posterior desta Sentença (cf. item 8.2.2 abaixo).

2.2.1.1.3. As RD 492/2020 se baseou – direta e indiretamente – em fatos provados

Na RD 492/2020 e nos pareceres que a instruíram, a ANP não presume a ocorrência de fatos, mas demonstra a sua efetiva existência. Tomando-se a coincidência de endereços entre filial da Petra e a Tucano Sul como exemplo, esse é um fato de comprovação inequívoca. A partir desse fato isolado, podem-se fazer diversas inferências. Como alega a ANP, pode-se inferir que há um vínculo entre Petra ou suas acionistas e Tucano Sul. Como alega a Petra, pode-se inferir simples-

mente que a Tucano Sul e seus sócios pretenderam ter como sede o local da futura exploração de petróleo. A consistência de uma ou outra inferência resulta de um juízo de racionalidade e é confirmada ou infirmada pela análise dos demais fatos comprovados e das inferências que estes também ensejam. Daí a importância da sua consideração conjunta, não isolada.

Dito de outra maneira, não é adequado considerar os fatores de modo isolado, justamente porque a construção das inferências pressupõe a sua análise global. A inferência extraída de um fator pode ser negada pela que deriva de outro. Um certo fator pode permitir concluir que, de duas inferências conflitantes extraíveis de outro, apenas uma faz sentido no conjunto dos fatos comprovados.

2.2.1.1.4. A prova indiciária é bastante para denegação da cessão

Desse modo, o Tribunal Arbitral conclui que a RD 492/2020 e os pareceres que a informam são baseados em fatos efetivamente comprovados, alguns adotados como fundamento para conclusões diretas e outros como base para inferências sobre a permanência da vinculação da Petra e de seus acionistas à execução dos Contratos de Concessão. Estes últimos correspondem à estrutura lógica da prova indiciária. Em tese, tanto um quanto outro caminho podem levar legitimamente ao reconhecimento da simulação na pretendida cessão pela Petra à Tucano Sul e, por decorrência, à declaração de validade da RD 492/2020 como ato de denegação da cessão e consolidação da decisão da ANP pela resolução dos Contratos de Concessão.

2.2.2. SIMULAÇÃO COMO CAUSA DE DENEGAÇÃO DA CESSÃO COMPULSÓRIA

Os indícios são bastantes para caracterizar simulação ou suspeita de simulação? Em caso positivo, houve motivo razoável e proporcional para o indeferimento da cessão dos contratos de concessão pela ANP?

2.2.2.1. Endereço comum entre Petra e Tucano Sul

É fato incontroverso que a Tucano Sul foi constituída tendo como endereço o mesmo local onde já existia uma filial da Petra. Na visão do Tribunal Arbitral, tal coincidência de endereços revela proximidade entre as empresas.

A própria Petra afirma que a Tucano Sul foi constituída por ex-colaboradores seus e por investidores que já a conheciam e tinham familiaridade com os ativos. A proximidade entre as empresas em momento anterior à cessão das Concessões é igualmente reconhecida pela Petra no ¶ 97 das Alegações Iniciais. Em suas palavras, a Tucano Sul “foi constituída justamente para assumir os Blocos cedidos pela Petra”.

Ao tempo da constituição da Tucano Sul, em novembro de 2018 (DRDA-028; DRDA-045), a Petra ainda era a concessionária do bloco em que se encontrava o poço exploratório em questão e a Tucano Sul ainda não detinha qualquer direito em relação ao bloco, ao poço ou à área. A cessão somente foi formalizada em momento posterior, em 18 de março de 2019. Desse modo, a Tucano Sul apenas poderia ter utilizado o referido endereço como sua sede em coordenação com a Petra. Por decorrência, é razoável inferir que a coincidência de endereços implica alguma proximidade e comunhão de propósitos entre as empresas.

Como reconhece a ANP, esse fato, por si só, não é decisivo para a caracterização da simulação da cessão ou da burla aos propósitos da cessão compulsória. Trata-se, no entanto, de dado relevante no âmbito do conjunto de fatos que demonstram a manutenção da Petra ou de seus sócios originais com poder de influência sobre a execução dos Contratos de Concessão mesmo após a cessão para a Tucano Sul.

A alegação da Petra de que a coincidência de endereços não importa relação de afiliação entre as empresas não se afigura relevante, uma vez que esse não foi o fundamento adotado pela ANP para a rejeição da cessão (cf. item 8.1.4.3.3, supra). Tampouco se mostra relevante a alegação de que determinadas empresas adotam o local de exploração da atividade como sede. Em particular, nenhuma dessas alegações afasta a conclusão de que a coincidência de endereços importava a existência de proximidade entre a Petra e a Tucano Sul em momento anterior à cessão.

No caso concreto, o fator relevante, portanto, não é a Tucano Sul haver adotado o local do poço exploratório como sede, mas o haver feito antes de formalizada qualquer cessão e enquanto a Petra era a única titular do direito à exploração. Se fosse uma empresa realmente independente da Petra, ainda que constituída especificamente para assumir as Concessões, seria razoável que a Tucano Sul fosse inicialmente constituída com sede em outro local, vinculado exclusivamente a seus próprios acionistas, e apenas posteriormente à cessão transferisse a sua sede para o local do poço exploratório, se assim julgasse adequado.

Desse modo, tal como alega a ANP, o Tribunal Arbitral considera que o fato da coincidência de endereços é relevante à caracterização da simulação, no contexto dos demais fatores referidos pela ANP na RD 492/2020, sendo certo que a Petra não logrou afastar por meio da prova produzida na arbitragem o indício de ilegalidade decorrente da proximidade entre as empresas.

2.2.2.2. Endereço comum entre Petra e Atma e participação desta na Tucano Sul

Este tópico diz respeito a dois aspectos relevantes da controvérsia: um, a coincidência de endereços entre a sede da Petra e a sede da Atma; outro, os efeitos da participação da Atma, com 100% (cem por cento) de participação societária do Sr. Roberto Viana Neto, no capital social da Tucano Sul.

Ambos os fatos são incontroversos. A iniciar pelo primeiro deles, a coincidência de sedes entre a Petra e a Atma revela proximidade entre as duas empresas, da mesma forma que a coincidência de endereços entre filial da Petra e Tucano Sul. A própria Petra admite tal proximidade ao sustentar que o compartilhamento se destinava a uma simplificação de procedimentos e redução de custos, tendo em vista que o titular da Atma era filho do Diretor Executivo da Petra. Entretanto, a alegação de que seriam essas as únicas razões do compartilhamento de endereço entre as empresas sequer é acompanhada de provas. Em qualquer hipótese, trata-se de admissão de que existem procedimentos e custos compartilhados ou comuns entre Petra e Atma. Notadamente, em se tratando de empresas diversas e desvinculadas, o simples fato de a coincidência de endereços ter sido concebida para produzir tais efeitos indica atuação coordenada em alguma medida.

Quanto ao segundo fator, não assiste razão à Petra ao afirmar que o vínculo entre o titular da Atma e o diretor executivo da Petra não foi considerado pela ANP no curso do processo administrativo. No ¶ 37, (iv), do DRTE-022, parecer que embasou a denegação da cessão, a ANP consigna

que “não há prova nos autos de que Roberto Viana Batista Neto é filho de Roberto Viana Batista Júnior, Presidente Executivo da Petra; a relação de parentesco não impede o deferimento da cessão compulsória; deve-se considerar essa possível filiação em conexão com os demais indícios”.

No que mais de perto interessa a esse fato, nos §§ 22 a 24 do DRTE- 022, a ANP evidencia que a participação do Sr. Roberto Viana Batista Neto na Atma lhe conferia poder de veto de qualquer decisão da Tucano Sul, elementos essenciais à caracterização da simulação da cessão:

22. Considerando-se o organograma da TUCANO SUL (SEI 0186506), e as empresas cotistas, nota-se que Roberto Viana Batista Neto detém, segundo avaliação da Procuradora Federal que subscreve o presente, cerca de 19,66% de cotas da PETRA (considerando-se que detém todas as cotas da ATMA, ou seja, 14,06% da participação da empresa na TUCANO SUL, e 6% de participação na GASELETRO, que detém 84,37%). Ainda com base no cronograma, nota-se que Vicente N. Parkin detém a maior parte das cotas da TUCANO SUL, ou seja, 75,93%, através de sua participação na GASELETRO.

23. De acordo com o parágrafo terceiro da Cláusula 8ª do Contrato Social da TUCANO SUL (SEI 0186496), as deliberações são tomadas por unanimidade pela totalidade do capital social, sendo que a primeira alteração permite aos administradores a prática de atos necessários ou convenientes à sociedade, desde que tenha havido a aprovação prévia dos detentores de pelo menos 90% do capital social. Ainda de acordo com a primeira alteração contratual, Guilherme Pena Castilho passou a ocupar o cargo de Diretor Executivo, atuando sempre em conjunto com Jaime Fernandes Eiras, designado Diretor Técnico.

24. Daí se pode concluir que, apesar de as empresas PETRA e ATMA estarem localizadas no mesmo endereço, Roberto Viana Batista Neto não detém a maior participação na TUCANO SUL e não ocupa Diretoria, como se verá a seguir, o que poderia levar à conclusão de ele que não tem grande poder na tomada de decisões pela empresa TUCANO SUL. No entanto, considerando a regra para tomada de decisões (por unanimidade), restaria afastada essa argumentação. Ademais, persiste o indício de mesmo endereço da empresa TUCANO SUL e o mesmo endereço de uma das filiais da empresa PETRA.

De fato, o Sr. Roberto Viana Batista Neto, sem justificativa econômica convincente que tenha sido apresentada ao Tribunal Arbitral, detinha um poder de veto de qualquer decisão da Tucano Sul. Sem o seu concurso, portanto, os demais sócios não poderiam adotar qualquer deliberação relevante.

A prova produzida pela Petra no curso do procedimento arbitral não esclareceu a razão pela qual tal poder de veto foi conferido ao Sr. Roberto Viana Batista Neto e, portanto, não rechaçou a ocorrência de simulação que dela se infere.

Ao contrário, conforme depoimento do Sr. Vincent Parkin, testemunha arrolada pela Petra, a influência do Sr. Roberto Viana Batista Neto na Tucano Sul atendia à intenção da cedente e da cessionária de manter a Petra como responsável pela obtenção das garantias a serem oferecidas à ANP para cumprimento dos Contratos de Concessão. Isso consta do trecho seguinte do depoimento:

Dr. César Pereira [Árbitro Presidente]: Dra. Marina, desculpe interromper, eu queria um esclarecimento sobre esse ponto, sr. Parkin, que o senhor mencionou há pouco, como é que funcionaria essa estrutura de garantias? O senhor disse que uma vantagem desse negócio que não haveria necessidade da substituição de garantias, mas com a cessão da concessão, não haveria essa necessidade de as garantias prestadas anteriormente serem renovadas ou substituídas?

Sr. Vincent Parkin [Teste. Reqte]: Renovadas, sim senhor, mas o que meu advogado brasileiro explicou, não importava se as garantias vinham de mim ou do grupo exterior. O importante era o fato de ter as garantias que era um requisito super importante e a Petra tinha dado as garantias, e estava no processo do renovar as garantias e o acordo que eu tinha com o grupo do Roberto Viana era que em troca de achar investidores para cumprir com o programa o restante do programa exploratório mínimo, que a gente calculava que tinha sido gasto uns 6 milhões de reais, faltava 43 milhões mais ou menos era a estimativa, em troca de fazer isso que era super importante para eles, porque só com o cumprimento do PEM o enorme ônus, o passivo financeiro que Petra detinha das garantias desapareceria. Não haveria mais necessidade. Então, eles tinham todo o interesse em passar as concessões para um grupo que tinha verdadeira chance de desenvolver o PEM, cumprir com essa necessidade e aí livrá-los. E a gente achava que dentro de um prazo de 2 anos podíamos, se a ANP tivesse dado a aprovação, cumprir com esse programa exploratório mínimo, e aí, as garantias cairiam fora e teríamos total autonomia para desenvolver os campos e fazer os próximos passos. Essa é uma peça importante na avaliação financeira econômica.

Ou seja, embora a apresentação de garantias fosse uma obrigação essencial da concessionária e, por decorrência, devesse ser assumida pela Tucano Sul, era uma condição do negócio entre Petra e Tucano Sul que a Petra continuasse responsável pela prestação das garantias, inclusive perante as entidades garantidoras (presumivelmente as seguradoras que já haviam prestado as garantias originais mediante contratação pela Petra).

Na percepção do Tribunal Arbitral, longe de infirmar o indício de simulação, o depoimento do Sr. Vincent Parkin revela o propósito de manter a Petra como responsável por uma obrigação prevista nos Contratos de Concessão.

De acordo com o testemunho do Sr. Vincent Parkin, a manutenção das garantias pela Petra somente deixaria de ser necessária se fossem encontrados “investidores para cumprir com o programa o restante do programa exploratório mínimo”.

Três pontos do testemunho do Sr. Vincent Parkin chamam especialmente atenção. A um, a despeito de sua importância, não há, na cessão, previsão de que a Petra continuaria responsável pelas garantias. A dois, não foi aportado qualquer dado que revelasse quais seriam esses potenciais investidores que, eventualmente, assumiriam a concessão. Designadamente, não foram citados nomes, nem apresentados comprovantes de quaisquer contatos com possíveis interessados. A três, não sobreveio justificativa convincente para o poder de veto conferido ao Sr. Roberto Viana Batista Neto.

No que toca ao primeiro ponto, a falta de previsão relativa à manutenção das garantias pela Petra priva a cessão de seriedade. Afinal, não se afigura crível que o Sr. Vincent Parkin pudesse ingressar em um negócio desse vulto sem que estivesse respaldado por uma cláusula contratual que assegurasse a manutenção da responsabilidade da Petra, por ele reputado como um ponto “super importante” da operação econômica que afirma ter levado a efeito.

Mesmo que a cessão tenha sido celebrada com celeridade, não se compreenderia como um ponto tão central da negociação jamais chegou a ser objeto de um documento escrito.

No que toca ao segundo ponto, a falta de prova de que havia alguém interessado em assumir a concessão e, conseqüentemente, apresentar garantias em substituição às que foram con-

cedidas indica que tudo se passaria como se a concessão tivesse sido prorrogada para que, eventualmente, a Petra pudesse encontrar investidores verdadeiramente interessados em substituí-la.

No que toca ao terceiro ponto, a justificativa apresentada pelo Sr. Vincent Parkin para o direito de veto assegurado ao Sr. Roberto Viana Batista Neto não se presta a afastar a ocorrência de simulação.

Conforme o depoimento do Sr. Vincent Parkin, tal prerrogativa visava a conferir segurança à família do Sr. Roberto Viana Batista Júnior em relação à manutenção das garantias pela Petra, uma vez que, enquanto titular do direito de veto, o Sr. Roberto Viana Batista Neto teria poderes para impedir que a Tucano Sul se desviasse de seu propósito de cumprir o PEM.

Nas suas palavras, o direito de veto da Atma, controlada por Roberto Viana Batista Neto, seria “uma peça necessária no negócio” no primeiro momento, mas, após o cumprimento do PEM, “a situação mudaria bastante, aí não teria mais como justificar esse tipo de poder”.

Não sobreveio, no entanto, nem prova de que a Petra continuaria responsável pelas garantias, nem de que, uma vez substituídas tais garantias, o poder de veto conferido à Atma, cuja participação era então integralmente detida pelo Sr. Roberto Viana Batista Neto, deixaria de existir. Perguntado a propósito, o Sr. Vincent Parkin tergiversou:

Dr. César Pereira [Árbitro Presidente]: Uma outra pergunta, nessa mesma linha, o senhor mencionou que o senhor Roberto Júnior e o Roberto Neto tinham poder de veto por conta da participação deles de 14% mais ou menos e dentro da ideia que 90% eram exigidos para determinadas deliberações acabavam tendo poder de veto. O senhor justificou que era necessário por conta das garantias e era importante para o senhor, está bem claro. Do ponto de vista do senhor como investidor e de certo modo controlador desse processo, que garantias o senhor estabeleceu para o senhor próprio de que esse direito de veto não seria objeto do abuso ou como é que esse direito de veto se encaixa na ideia de que o senhor era o controlador e não atuava de um modo consertado, digamos com o senhor Roberto Júnior?

Sr. Vincent Parkin [Teste. Reqte]: Perfeito, boa pergunta. Obviamente no negócio digamos normal em que todo o ônus financeiro do investimento, das garantias etc., ia ser assumido pelo comprador, não teria sentido nenhum ter no contrato social, no estatuto, cláusulas que dão esse tipo de poder para um acionista que detinha participação tão pequena. Mas essa situação não era normal. E não é que eu obviamente eu gosto e gostava, gosto do Roberto Viana Neto, mas eu não teria dado aceite esse tipo de poder, não era a minha preferência, mas eu entendi que no vai e vem da negociação, para ter para não ter que substituir as garantias que inviabilizaria totalmente o negócio para nós, o outro lado queria ter alguém que poderia, além de ser um investidor ao lado de mim, poderia em certo sentido, responder por garantias, assegurar que estávamos cumprindo o programa mínimo de investimento, não investindo em outra áreas, não tinham nada que ver que prejudicaria muito a parte que deu as garantias financeiras. Eu entendi que era uma peça necessária no negócio e como disse antes, uma vez cumprido o PEM, aí a situação mudaria bastante, aí não teria mais como justificar esse tipo de poder. Por isso que conversamos sobre o que aconteceria mais para frente e por isso antes mesmo de cumprir o PEM, talvez a gente teria descoberto que investidores não aceitariam isso.

A prova oral produzida tampouco permitiu concluir que Sr. Roberto Viana Batista Neto estivesse realmente agindo em nome próprio. Na realidade, de acordo com o testemunho do Sr.

Vincent Parkin, “ele queria começar uma vida empresarial própria e essa era uma oportunidade para ele, a participação econômica era relativamente pequena que ele teria no negócio, mas era uma forma, eu acho que ia ser um dos primeiros negócios totalmente autônomos da família dele”.

Trata-se de circunstância que corrobora a ocorrência de simulação, pois indica que Sr. Roberto Viana Batista Neto somente figurou no negócio para assegurar que a Petra pudesse continuar a buscar verdadeiros investidores a quem de fato pudesse ceder sua concessão, uma vez que nem o propósito de “começar uma vida empresarial própria”, nem “participação econômica” “relativamente pequena” justificam o poder de veto que lhe foi conferido, como titular da totalidade da participação societária da Atma.

Em lugar de afastar o indício de simulação, portanto, a prova oral denota a manutenção da Petra e de seus sócios na execução dos Contratos de Concessão, bem como que o papel da Atma e do Sr. Roberto Viana Batista Neto seria proteger os interesses da Petra e do Sr. Roberto Viana Batista Júnior na Tucano Sul.

O Tribunal Arbitral considera, assim, que a coincidência de endereços entre Petra e Atma e o direito de veto desta no âmbito da Tucano Sul, fatos expressamente referidos no DRTE-022, de 20 de julho de 2020, incorporado por referência pela RD 492/2020, confirmam a validade da decisão da ANP que entendeu haver simulação na pretendida cessão das Concessões para a Tucano Sul, sendo certo que a prova produzida pela Petra não se revelou capaz de infirmar tal conclusão.

2.2.2.3. Cronologia da constituição da Tucano Sul e dos negócios anteriores ao Termo de Cessão

Analisada à luz dos fatos abordados nos tópicos anteriores, a cronologia dos fatos reforça a ocorrência de simulação que emerge do compartilhamento de endereços entre Petra, Tucano Sul e Atma e da extensão dos poderes do Sr. Roberto Viana Batista Neto, então titular da Atma, na Tucano Sul.

Tendo em vista a ligação existente entre Petra e Tucano Sul, chama atenção que, em 2 de julho de 2018, Petra tenha enviado à ANP documentos referentes à sua habilitação, reconhecendo não ter apresentado certidões fiscais e trabalhistas válidas e que, dias depois, em 27 de julho de 2018, Petra tenha aberto filial no endereço que viria a ser adotado como sede da Tucano Sul dentro de poucos meses.

Na sequência, antes mesmo do recebimento do ofício que conferiu à Petra a possibilidade de cessão dos Contratos de Concessão, em 19 de dezembro de 2018, foi constituída a Tucano Sul, tendo como sócios as empresas Atma, de titularidade do Sr. Roberto Viana Batista Neto, e Pentágono. Três meses depois, Pentágono retirou-se e ingressaram na sociedade, por meio das empresas Rubi e Gaseletro, dois ex-colaboradores da Petra e o Sr. Vincent Parkin.

Conforme observa a ANP, embora a Petra alegue que a participação de ex-colaboradores na cessionária corresponda às práticas do mercado, não há prova nesse sentido.

Considerados os demais indícios de simulação, a prova produzida pela Petra no curso da arbitragem tampouco permite concluir que a sequência dos fatos tivesse como causa apenas a

diligência da Petra na busca por investidores diante do risco iminente de extinção dos Contratos de Concessão.

Muito ao contrário, a prova oral indica que a Petra pretendia permanecer com a concessão, para, eventualmente, cedê-la a investidores de fato interessados em assumi-la.

A propósito, ainda que se pudesse assumir como verdadeira a afirmação do Sr. Vincent Parkin de que pretendia aproveitar a oportunidade de assumir as Concessões por um valor relativamente baixo (de R\$30 milhões nas condições referidas nos Termos de Cessão – DRTE- 005), a Petra não apresentou, perante a ANP ou neste procedimento arbitral, prova convincente da realidade da cessão pretendida. Ao contrário, a ausência de explicações dotadas de razoabilidade econômica no depoimento do Sr. Vincent Parkin reforça a conclusão pela artificialidade da estrutura concebida para a cessão submetida à ANP para aprovação.

No âmbito do procedimento administrativo, a despeito de tomar ciência espontânea dos elementos que sugeriam a existência de simulação e, em especial, do DRTE-022, no qual todas as conclusões que viriam depois a ser adotadas pela ANP já estavam delineadas e fundamentadas, a Petra optou por permanecer silente e não apresentar qualquer esclarecimento ou informação adicional.

O silêncio da Petra foi reforçado pela omissão da sua pretendida cessionária, Tucano Sul. Embora não fosse parte direta no processo de cessão, que é iniciado e conduzido pela cedente (Petra), a Tucano Sul teve a oportunidade de reunir-se com a ANP em 10 de setembro de 2020 (DRDA-006), representada pelo Sr. Guilherme Castilho, qualificado como Diretor, e pela Dra. Maria Augusta Mota, qualificada como Diretora Jurídica. Nessa ocasião, a Tucano Sul foi informada de todas as preocupações da ANP e das conclusões provisórias já existentes quanto à existência de uma simulação – inclusive do DRTE-022. Constatou-se do registro da reunião o seguinte:

A Tucano Sul Exploração e Produção de Petróleo e Gás Ltda. (Tucano Sul) informou ciência do Parecer nº 20/2020/PRGRJ- ANP/PGF/AGU (SEI nº 0837399) exarado no âmbito do processo administrativo nº 48610.205253/2019-34, que escrutina a relação societária entre a Petra Energia S.A. (cedente) e a Tucano Sul (cessionária) e conclui que os indícios apurados configuram burla à cessão compulsória.

A Tucano Sul detalhou o histórico do processo de cessão e a relação entre cedente e cessionária, indicando que se manifestará no processo para esclarecê-la, e questionou se seria possível que a SPL guardasse essa manifestação para emitir seu parecer.

A SPL informou os próximos passos do processo de cessão e que receberá e dará tratamento à manifestação da empresa quando do seu recebimento, independente do momento processual, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

5 – ENCERRAMENTO/OBSERVAÇÕES

A Tucano Sul peticionará documento no processo de cessão para prestar esclarecimentos sobre a relação societária entre cedente e cessionária.

A SPL seguirá o curso do processo de cessão e dará tratamento à manifestação da empresa quando do seu recebimento, independentemente do momento processual.

Não há registro de que a Tucano Sul tenha apresentado os esclarecimentos que se com-

prometera na reunião a apresentar. A SPL apresentou seu parecer (DRTE-023) alguns dias depois, em 14 de setembro de 2020, firmado pelo Sr. Marcelo de Vasconcelos Cruz e aprovado pela Sra. Josie Quintella – ambos presentes à reunião de 10 de setembro de 2020 como representantes da SPL. Em sua declaração de 13 de janeiro de 2023 (DRTE-105), o Sr. Guilherme Castilho afirmou o seguinte: “[d]urante a tentativa frustrada de aquisição destes ativos, devido a denegação de cessão pela ANP, participei na qualidade de representante da Tucano Sul de muitas reuniões com a ANP”. Porém, não fez qualquer menção a essa reunião específica nem à razão de não terem sido apresentados os esclarecimentos por escrito nela mencionados.

A Tucano Sul, como cessionária potencial dos Contratos de Concessão, teria presumivelmente interesse em esclarecer os fatos, especialmente em face das suspeitas levantadas pelo DRTE-022. Ao optar por permanecer em silêncio, a Tucano Sul perdeu a oportunidade de manifestação e esclarecimento, ainda que não fosse responsável pela condução do processo administrativo nem estivesse sujeita, como a Petra, à consolidação da resolução contratual caso não fosse efetivada a cessão.

Na percepção do Tribunal Arbitral, associadas aos indícios de simulação anteriormente analisados, tais circunstâncias corroboram a legalidade da decisão tomada pela ANP.

2.2.2.4. Relação entre os Srs. Roberto Vianna Júnior e Vincent Parkin

O vínculo intenso entre o Sr. Roberto Viana Batista Júnior e o Sr. Vincent Parkin é incontroverso e foi confirmado pelos depoimentos na Audiência de Instrução.

No caso concreto, somados aos demais dados de fato, tal vínculo aponta a manutenção da influência da Petra e do Sr. Roberto Viana Batista Júnior na execução dos Contratos de Concessão por meio da Atma, empresa de titularidade de seu filho, e do Sr. Vincent Parkin, conforme abordado no item 8.2.2.2.3 acima.

Nesse contexto, assume relevância a ligação existente entre o Sr. Roberto Viana Batista Júnior e o Sr. Vincent Parkin.

A propósito, cabe ressaltar que a narrativa dos fatos apresentada pelo Sr. Vincent Parkin em seu depoimento contém omissões lógicas importantes que corroboram as conclusões da ANP. Em particular, não há uma explicação convincente das circunstâncias da transferência das suas quotas na Gaseleto (controladora formal da Tucano Sul) para a empresa Zeitoun, uma vez que, segundo o Sr. Vincent Parkin, a Zeitoun pertenceria a uma advogada estrangeira embora prosseguisse sob o controle do Sr. Vincent Parkin. Nomeadamente, não sobreveio prova de que o Sr. Vincent Parkin tivesse qualquer vínculo com a Zeitoun Consulting Limited.

Tampouco foi trazida explicação acerca do aumento de capital social de aproximadamente R\$22 milhões na Gaseleto. Na realidade, sequer há prova de que o pagamento de tal aporte tenha sido realizado. Essas indefinições e incertezas sobre a principal acionista da Tucano Sul apenas reforçam a falta de consistência nas operações apresentadas à ANP como firmes para a cessão dos Contratos de Concessão da Petra para a Tucano Sul.

Em resumo, os fatos relativos ao relacionamento entre o Sr. Roberto Viana Batista Júnior e o Sr. Vincent Parkin mostram-se relevantes como reforço das conclusões da ANP e desta Sentença.

2.2.2.5. Conclusão do Tribunal Arbitral sobre a comprovação da simulação

Em vista do exposto nos tópicos acima, o Tribunal Arbitral reputa que a fundamentação adotada pela RD 492/2020, por remissão ao conjunto de pareceres técnicos e jurídicos objeto da Proposta de Ação 0563/2020, de 22 de setembro de 2020 (DRTE-026), é convincente no sentido de reconhecer a ocorrência de simulação na cessão da Petra para Tucano Sul apresentada à ANP para o fim de evitar a resolução dos Contratos de Concessão.

O conjunto de fatos que informa a decisão da ANP, notadamente a coincidência de endereços entre a filial da Petra e a Tucano Sul, a coincidência de endereços entre as sedes da Petra e da Atma, o inexplicado direito de veto do Sr. Roberto Viana Batista Neto na Tucano Sul, a cronologia dos fatos e as relações existentes entre o Sr. Roberto Viana Batista Júnior e o Sr. Vincent Parkin revelam que a cessão dos Contratos de Concessão foi simulada.

Ademais, embora lhe tenha sido concedida a oportunidade, a Petra não logrou produzir provas que pudessem infirmar a ocorrência de simulação no caso concreto.

Por decorrência, o Tribunal Arbitral considera lícita a decisão da ANP de denegar a cessão, nos termos da RD 492/2020.

2.2.3. ALEGAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA ANP

A ANP estaria impedida de denegar a cessão dos Contratos em virtude da vedação ao comportamento contraditório?

Não há a configuração de conduta contraditória da ANP. Os fatos objeto do presente caso são únicos e peculiares, não se confundindo com os discutidos em quaisquer dos processos previamente examinados pela ANP mencionados pela Petra.

Também não há contradição interna no âmbito do processo administrativo de origem. A análise da ocorrência de simulação foi conduzida de modo independente pelos órgãos competentes (SPL e Procuradoria Jurídica). As conclusões adotadas têm foco distinto do que inspirou manifestações técnicas anteriores favoráveis à cessão por outros órgãos da ANP, no âmbito de suas respectivas competências.

Por decorrência, o Tribunal Arbitral não verifica contradição externa ou interna na conduta da ANP, tampouco identifica qualquer fundamento jurídico que pudesse levar à invalidação da RD 492/2020 sob tal justificativa.

2.2.4. CONCLUSÃO

Decisão Final do Tribunal sobre as alegações de ilegalidade da RD 492/2020

Por todo o exposto, o Tribunal Arbitral considera válida a RD 492/2020, considerando a sua fundamentação remissiva à Proposta de Ação 0563/2020, de 22 de setembro de 2020 (DRTE-026).

2.3. Custos, honorários e providências complementares.

2.3.1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados equitativamente ou conforme os arts. 85 e 86 do CPC?

As Partes não discordam quanto à condenação da parte sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos representantes processuais da contraparte. Discordam, contudo, quanto ao modo de fixação desses honorários: enquanto a ANP requer a aplicação dos parâmetros do CPC, a Petra pede uma fixação equitativa.

2.3.1.1.1. Regras processuais aplicáveis

Primeiro, cabem esclarecimentos quanto ao regramento processual aplicável a este Procedimento Arbitral e os respectivos limites dos poderes do Tribunal. As regras processuais aplicáveis têm duas origens diferentes, as convencionais, pactuadas por contrato, e as legais, impostas por lei. Na primeira, este Procedimento é contratualmente regido pelo Compromisso Arbitral firmado pelas Partes em 25 de março de 2021, pelo Regulamento de Arbitragem da CCI em vigor desde 1º de janeiro de 2021, pela Ata de Missão assinada pelas Partes e Árbitros em 5 de novembro de 2021 e, em último caso, naquilo que for necessário para organizá-lo, pelas Ordens Processuais do Tribunal, por autorização do Regulamento. Na segunda, é legalmente regido pela Lei de Arbitragem brasileira, a *lex arbitri* e, pontualmente para o impedimento de árbitros, o Código de Processo Civil, por referência expressa do art. 14 da Lei de Arbitragem.

Dito isso, independentemente da eventual aplicação de normas constantes do CPC como tradução da teoria geral do processo, as regras específicas do art. 85 do CPC são próprias do sistema judicial e não se aplicam diretamente à arbitragem. Nesta, cabe a construção de figuras próprias, como a da cl. 10 da Convenção de Arbitragem ou outras presentes no regulamento adotado pelas partes ou admitidas pelo Tribunal nos limites de seus poderes de condução do procedimento. Em termos gerais, o CPC não é aplicável aos procedimentos arbitrais, conforme reconhecido pelo STJ.

2.3.1.1.2. Natureza da obrigação da cl. 10 da Convenção de Arbitragem

Portanto, os chamados “honorários advocatícios” autorizados na cl. 10 da Convenção de Arbitragem não são automaticamente idênticos aos existentes no processo judicial brasileiro, que não lhes dá fundamento. A cl. 10 da Convenção de Arbitragem cria obrigação autônoma, de origem convencional (não legal), para que a parte sucumbente pague verba a terceiros que não compõem a relação processual: os Patronos da parte vencedora, alheios ao vínculo subjetivo da Convenção de Arbitragem. Essa verba não é utilizada para custear o procedimento. Não se trata de uma despesa procedimental, nem compõe o valor em disputa. A fonte dessa obrigação não é outra senão a convenção das Partes. Por isso, cabe interpretar o negócio jurídico celebrado entre as Partes por meio do qual pactuaram a incidência de honorários advocatícios de sucumbência neste procedimento.

A obrigação prevista na cl. 10 da Convenção de Arbitragem (“o Tribunal Arbitral condenará a Parte total ou parcialmente vencida ao pagamento de honorários advocatícios”) não está sujeita aos parâmetros do art. 85 do CPC sobre honorários de sucumbência nem aos do art. 27 da

Lei de Arbitragem sobre custas e despesas do procedimento. Pelo contrário, a rigor, como é obrigação de pagamento a terceiro que não compõe o contrato original, diretamente exequível pelo estipulante, trata-se de uma estipulação em favor de terceiros, sujeita aos arts. 436 a 438 do CC.

As Partes, contudo, não alcançaram consenso quanto à liquidação desta obrigação, tendo registrado o dissenso diretamente na Convenção de Arbitragem:

Cl. 10: (...) A ANP pretende a fixação dos honorários nos termos dos artigos 85 e 86 do Código de Processo Civil brasileiro, ou norma que os suceda, e a Petra postula sua fixação equitativa pelo Tribunal Arbitral. Não será devido nenhum outro ressarcimento de despesas de uma Parte com sua própria representação.

Diante da controvérsia, o Tribunal entende que a extensão do consenso estabelecido pelas Partes – a amplitude material da avença estipulada em favor de seus Patronos – deve ser objeto de interpretação. Somente pode haver a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais mediante acordo das Partes. No caso concreto, a questão é saber qual a extensão do acordo existente.

De um lado, a ANP reputa aplicáveis os parâmetros objetivos do art. 85 do CPC, os quais consistem em balizas matemáticas para o cálculo dos honorários por faixas de valor. Embora tenha concordado com a incidência dos honorários, a Petra não concordou com esse parâmetro. Por decorrência, não há consenso e esse parâmetro não pode ser adotado.

Cabe identificar qual a amplitude do consenso existente. Em relação à quantificação, a Petra concordou com a fixação de honorários segundo um critério equitativo adotado pelo Tribunal Arbitral. Afigura-se razoável que esse critério equitativo somente possa conduzir a um valor que seja, no máximo, igual ao que resultaria da aplicação matemática do art. 85 do CPC – caso contrário ultrapassaria a dimensão quantitativa do consentimento manifestado pela ANP.

A partir dessas premissas, conclui-se que o critério equitativo defendido pela Petra consiste na dimensão comum ao consentimento de ambas as Partes. O que ultrapassar a avaliação equitativa do Tribunal excederá o consentimento manifestado pela Petra; se essa avaliação resultar em um montante superior ao calculado segundo o art. 85 do CPC, ultrapassará o consentimento expressado pela ANP.

Portanto, os honorários devem ser fixados por arbitramento realizado pelo próprio Tribunal dentro de critérios que correspondam às balizas comuns entre os pedidos das partes, analisadas mais abaixo.

2.3.1.1.3. Vedação de julgamento ex aequo et bono e arbitramento equitativo

Antes de adentrar nos critérios de arbitramento, o Tribunal analisa a aparente contradição entre o pedido de arbitramento equitativo realizado pela Petra e a vedação da cl. 6ª da Convenção de Arbitragem para decisão por equidade.

A Convenção de Arbitragem, conforme cl. 6ª, veda que o Tribunal Arbitral decida por equidade. Similarmente, a Lei de Arbitragem, art. 2º, § 3º, proíbe o julgamento por equidade em arbitragem que envolva a administração pública. Essa equidade vedada consiste em aplicar a justiça como pessoalmente percebida pelo julgador ao caso concreto. O julgamento ex aequo et bono, a que a Lei de Arbitragem menciona como sendo por equidade refere-se a uma modalidade de

resolução da controvérsia em que os árbitros afastam regras de direito positivo e decidem o caso baseados no seu senso pessoal de justiça. Bem por isso, é colocada, no art 2º da Lei de Arbitragem, em contraposição à arbitragem de direito. Em outras palavras, as vedações da cl. 6ª da Convenção de Arbitragem e do art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem significam que o Tribunal não tem, no presente caso, liberdade para aplicar seu senso de justiça em detrimento do direito positivo.

Entretanto, a Petra não pede que o Tribunal decida a questão dos honorários ex aequo et bono, no sentido de afastar a lei para alcançar resultado diverso que lhe pareça mais justo. No caso, não há nem previsão convencional nem legal a ser afastada em prol de um julgamento ex aequo et bono, dito por equidade. Apesar da similaridade terminológica, a vedação de arbitragem por equidade prevista na Lei de Arbitragem e na cl. 6ª proíbe o julgamento ex aequo et bono, mas não impede que o Tribunal, em julgamento, exerça residualmente juízo de valor equitativo. O termo equidade, no vernáculo, abarca ambos os sentidos, sendo apenas um deles vedado neste caso.

O que a Petra pede, portanto, é que o Tribunal determine o valor da obrigação de forma proporcional, considerando critérios de razoabilidade objetivos e fundamentados, como será feito a seguir. Portanto, o critério de “arbitramento por equidade” pedido pela Petra, apesar de homônimo à vedação da cl. 6ª da Convenção de Arbitragem, tem sentido e finalidade diversas. Está relacionado à razoabilidade na fixação do montante dos honorários cujo pagamento é objeto de consenso das Partes, não conflitando com a proibição da Convenção de Arbitragem. O Tribunal continua aplicando todo o regramento pré-existente, apenas levando em conta aspectos fáticos particulares para liquidar, com razoabilidade e proporcionalidade, a obrigação de pagamento a terceiros.

2.3.1.1.4. Balizas comuns das Partes e critérios para fixação de honorários

No que tange à fixação dos honorários advocatícios, o Tribunal realiza o arbitramento, ou seja, a quantificação de uma obrigação já existente a partir do consenso das Partes e do resultado da arbitragem. O arbitramento dos honorários naturalmente se refere à fixação do valor devido em razão da atuação profissional no âmbito do processo arbitral, levando em consideração diversos critérios como (i) o grau de zelo dos profissionais; (ii) os lugares de prestação do serviço; (iii) a natureza, valor e a importância da causa; (iv) o trabalho realizado pelos advogados; (v) o tempo exigido para os seus serviços; (vi) a cooperação no desenvolver do procedimento.

O Tribunal derivou esses parâmetros de um senso geral de razoabilidade, considerando a natureza do trabalho exercido pelos representantes das Partes. Concomitantemente, eles também estão presentes no CPC, especificamente no § 2º do art. 85, com dicção levemente alterada. Sendo critérios aplicáveis tanto a partir de um arbitramento puramente por proporcionalidade quanto de um regido pelo art. 85 do CPC, o Tribunal os considera parte das expectativas comuns, e, portanto, das balizas comuns das Partes para liquidação desta obrigação. O Tribunal os aplicou da forma a seguir.

Ao longo do Procedimento Arbitral, ambas as partes mantiveram, por meio de seus representantes, comportamento processual adequado. Não houve atos procrastinatórios, nem abuso do direito de defesa, e os Patronos atuaram de modo cooperativo tanto quanto esperado. As Partes apresentaram suas alegações de forma clara e objetiva, respeitaram os prazos estipulados pelo Tribunal e colaboraram para o bom andamento do procedimento. Esse comportamento proces-

sual adequado, tanto da parte vencedora quanto da vencida, é levado em consideração ao fixar os honorários advocatícios, pois é um reflexo da diligência e da seriedade com que as Partes e seus respectivos representantes conduziram a arbitragem. Importante também que não há motivos para a condenação adversa de qualquer das Partes em virtude de comportamento processual prejudicial de seus representantes.

Quanto ao lugar de prestação do serviço, o Tribunal ressalta que a condução do processo foi inteiramente realizada em formato digital. Todos os atos, desde as reuniões preliminares, audiências até as oitivas, foram realizados de maneira remota, por meio de plataformas digitais. Não houve a necessidade de deslocamento por parte dos advogados, nem das partes envolvidas. Este fato, em si, já diminui os custos inerentes ao exercício da advocacia e é levado em consideração ao se arbitrar os honorários. Ainda assim, o Tribunal não ignora que a natureza remota do trabalho não diminui sua complexidade nem o grau de zelo exigido dos profissionais envolvidos.

Em relação ao valor e natureza da disputa, o Tribunal reconhece que é um fator que merece consideração na fixação dos honorários advocatícios. Neste caso, é indiscutível que o valor da controvérsia é elevado. Entretanto, este Tribunal também leva em consideração a natureza da disputa e outras circunstâncias relevantes. O Tribunal registra que, embora o valor da controvérsia tenha aumentado em mais de dez vezes após a prolação da Ordem Processual nº 11, o ganho econômico potencial da Petra, que nesta ocasião se mostrou a parte vencida, não foi incrementado. Essa disparidade entre o valor da disputa, em função do destino a ser dado ao depósito das indenizações securitárias, e o proveito econômico possível à Parte vencida também é levada em consideração para o arbitramento dos honorários.

2.3.1.1.5. Fixação de honorários

Assim, levando em conta os critérios supracitados, o Tribunal liquida a obrigação da cl. 10 da Convenção de Arbitragem, arbitrando os honorários advocatícios em R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) em prol dos representantes processuais da ANP e exequíveis pela própria ANP, a serem pagos pela Petra no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação de decisão que acolha eventuais pedidos de esclarecimento à Sentença ou, na ausência desta, contados da data de notificação das Partes sobre a Sentença Arbitral. Na hipótese de não haver pagamento tempestivo, o Tribunal nota que as Partes não apresentaram pedidos quanto à data base e taxas aplicáveis, somente fazendo sua especificação para a hipótese de condenação da ANP, não de haver créditos em seu favor. Apesar da referência da ANP à Emenda Constitucional 113 (“EC 113”), trazida no contexto de sua eventual condenação (DRDA-066), o Tribunal compreende que os parâmetros do art. 3º da EC 113 aplicar-se-iam somente na ocasião de condenação da ANP, o que não é o caso. Portanto, na hipótese de não haver pagamento tempestivo, o montante será acrescido da taxa Selic, aplicável de forma simples, não composta, a título tanto de juros moratórios quanto de correção monetária, com base nos arts. 395, caput, e 406 do Código Civil.

Por força do art. 406 do Código Civil, os juros legais devem ser calculados pela “taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. De acordo com o art. 13 da Lei 9.065/95, com o art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, com o art. 5º, § 3º, da Lei 9.430/96, com o art. 30, da Lei 10.522/02 e com o art. 997, do Decreto 9.580/18, tal taxa é a taxa Selic, conforme, inclusive, reconhece o Superior Tribunal Justiça (REsp 710.385/RJ, 1ª

Turma, r. Min. Teori Zavascki, j. 28.11.2006). Malgrado o entendimento de diversos tribunais estaduais, o art. 406 do Código Civil não remete ao art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, cuja incidência para a mora de impostos devidos à Fazenda Nacional é afastada pela legislação extravagante acima citada.

Por outro lado, de acordo com o entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça, consolidado sob o Tema Repetitivo n.º 99, a propósito do regramento constante do Código Civil, a taxa Selic não pode ser cumulada com correção monetária, “já que, pela sua natureza e modo de apuração, a referida taxa embute também a variação da moeda” (REsp. 1.102.552/CE, 1ª Seção, r. Min. Teori Zavascki, j. 25.3.2009. No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.794.823/RN, 3ª Turma, r. Min. Moura Ribeiro, j. 25.05.2020).

A decisão quanto a este ponto é proferida por maioria, com o voto contrário do Árbitro Presidente, cujo entendimento é no sentido da aplicação de correção monetária segundo a variação do IPCA e juros simples de mora de 1% ao mês.

3. DISPOSITIVO

Diante dos fundamentos detalhados nos tópicos anteriores, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, com exceção da parte final do item (e) abaixo, decidida por maioria, julga:

a) IMPROCEDENTE, conforme fundamentação contida no item 8.1 acima, o pedido da Petra descrito no item 5.28(iii) da Ata de Missão, objeto do ponto controvertido 1 desta Sentença, conforme consta do ¶ 233, acima, **deixando de declarar a nulidade do processo administrativo subjacente à RD 92/2020.**

b) IMPROCEDENTES, conforme fundamentação contida no item 8.2 acima, os pedidos da Petra descritos no item 5.28(iii) e (iv) da Ata de Missão, objeto do ponto controvertido 2 desta Sentença, conforme consta do ¶ 233, acima, **deixando de declarar a ilegalidade da RD 492/2020.**

c) IMPROCEDENTE, conforme fundamentação contida no item 8.3 acima, o pedido da Petra descrito no item 5.28(v) da Ata de Missão, objeto do ponto controvertido 3 desta Sentença, conforme consta do ¶ 233, acima, **deixando de condenar a ANP ao pagamento de indenização em favor da Petra.**

d) IMPROCEDENTE, conforme fundamentação contida no item e acima, o pedido da Petra descrito no item 5.28(vi) da Ata de Missão, objeto do ponto controvertido 4.1. desta Sentença, conforme consta do ¶ 233, acima, **determinando que as despesas do procedimento sejam integralmente arcadas pela Petra, sem qualquer ressarcimento por parte da ANP.**

e) PROCEDENTE, conforme fundamentação contida no item f acima, o pedido da ANP descrito no item 5.47(iii) da Ata de Missão, observado o pedido da Petra descrito no item 5.28(vi) da Ata de Missão, objeto do Ponto Controvertido 4.2. desta Sentença, **fixando os honorários advocatícios equitativamente em favor dos representantes proces-**

suais da ANP indicados no item 4.2 desta Sentença, no valor de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais), a serem pagos pela Petra no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação de decisão que acolha eventual pedido de esclarecimento à Sentença ou, na ausência de tal acolhimento, contados da data de notificação das Partes acerca desta Sentença Arbitral, devendo, na hipótese de não haver pagamento tempestivo, o montante ser acrescido, desde o seu vencimento, da variação acumulada da taxa Selic, aplicada de modo simples, a título tanto de juros moratórios quanto de correção monetária, na forma dos arts. 395, caput, e 406 do Código Civil.

