

**SENTENÇA ARBITRAL**

**CÂMARA FGV DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM**

**REQUERENTE:** SILVER MARLIN EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO  
DE PETRÓLEO E GÁS LTDA

**REQUERIDA:** AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS  
NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

**ÁRBITROS:** CARMEN TIBURCIO (PRESIDENTE)  
JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO  
JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA



Câmara FGV  
de Conciliação e Arbitragem  
PROCESSO

N.º 09/2010  
13.08.14  
10:23h  
Umbria

**EMENTA:** CONTRATOS DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS EM RAZÃO DO VENCIMENTO DE SUAS FASES DE EXPLORAÇÃO SEM A EXECUÇÃO DOS PROGRAMAS EXPLORATÓRIOS MÍNIMOS. NÃO OCORRÊNCIA DE FORÇA MAIOR. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO NA CONCESSÃO DE PRORROGAÇÕES. POSSIBILIDADE DE ACIONAMENTO DAS GARANTIAS CONTRATUAIS. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DA REQUERENTE. ARGUMENTOS DA REQUERENTE DESACOMPANHADOS DE PROVAS.

## RELATÓRIO

### I – OBJETO DO LITÍGIO E COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL

1. Trata-se de arbitragem instituída para o fim de dirimir controvérsia relacionada aos contratos de concessão nº 48610.009191/2005-36 (BT-REC-28) – relativo ao bloco REC-T-59 – e nº 48610.009201-2005/33 (BT-SEAL-16), relativo ao bloco SEAL-T-467. A disputa decorre do fato de a ANP (por facilidade referida também como *Requerida*) haver declarado a extinção de tais contratos em razão do vencimento de suas fases de exploração sem a execução, pela Silver Marlin (referida também como *Requerente*), dos correlatos Programas Exploratórios Mínimos (PEMs). Por considerar ilícita a medida da ANP, e não tendo sido possível chegar à solução amigável, a Silver Marlin apresentou o requerimento de instituição da presente arbitragem. Em síntese, compete ao Tribunal definir (i) se houve eventos de força maior que descaracterizassem eventual inadimplemento contratual da Requerente; (ii) se a Requerida deveria ter deferido novos pedidos de prorrogação e/ou concedido prazos maiores e contínuos para a conclusão dos trabalhos realizados pela Requerente; e (iii) se – e em que extensão – as garantias contratuais podem ser acionadas pela Requerida.

2. A Silver Marlin indicou como árbitro José Emílio Nunes Pinto. Por sua vez, a ANP indicou José Vicente Santos de Mendonça. Os árbitros indicados pelas partes indicaram a Dra. Carmen Tiburcio como árbitra presidente. As partes firmaram Termo de Arbitragem em 09.fev.2011, definindo o objeto e valor do litígio (cláusulas 1 e 3), a divisão de custas do procedimento (cláusula 5), algumas regras de procedimento (cláusulas 6 e 7) e o direito aplicável à disputa (cláusula 8).

## II – MANIFESTAÇÕES DAS PARTES

### II.1 – ALEGAÇÕES DA SILVER MARLIN

#### II.1.1 - FATOS

3. Em suas alegações iniciais, a Requerente relata que, estimulada pelas promessas da ANP de incentivar as pequenas e médias empresas de petróleo, arrematou, na 7ª rodada de licitação para concessão de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, blocos na Bacia do Recôncavo e na Bacia de Sergipe-Alagoas, dos quais decorrem os contratos de n.º 48610.009201-2005/33 e 48610.009191/2005-36, relativos, respectivamente, aos blocos SEAL-T-467 e REC-T-59.
4. A concessão dividiu-se em duas fases: exploração, com duração de 3 anos; e produção, de 27 anos. A Fase de Exploração compreende dois períodos, os quais deveriam observar o Programa de Exploração Mínimo previsto. Nos primeiros dois anos, a Requerente deveria identificar, por meio de estudos de sísmica, quais blocos seriam retidos para o ingresso no segundo período. A Requerente informa ainda que, atendendo às disposições contratuais, ofereceu seguros garantia nos valores de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e R\$ 3.440.000,00 (três milhões, quatrocentos e quarenta mil reais), cada um relacionado a um dos contratos (Docs. A-3 e A-4 das Alegações Iniciais).
5. Narra a Silver Marlin que, em setembro de 2008, teve início uma grave crise financeira – comparável à crise de 1929 – e diversas instituições de tradicional solidez sofreram severamente seus efeitos. No Brasil, tal circunstância teria ocasionado a escassez de crédito, o cancelamento de investimentos e a alta do dólar. Esse conjunto de fatores ocasionou perdas bilionárias em grandes empresas e a falência de muitas outras. Assim como essas empresas, a Requerente – que, à época, estava executando o 2º Período de Exploração – teria sofrido com os efeitos da crise (fl. 4 das Alegações Iniciais).

6. Destaca que o 2º Período de Exploração compreende as atividades mais custosas do contrato e que o cumprimento de suas obrigações dependia dos recursos de sua sócia majoritária, empresa igualmente prejudicada pela crise econômica, e que, diante da impossibilidade de aporte de recursos financeiros por esta, a alternativa natural seria o crédito bancário. Ocorre, porém, que, como já narrado, a crise financeira acarretou a escassez de crédito. Como resultado, a Silver Marlin tornou-se incapaz de executar as atividades da fase de perfuração dos poços exploratórios (fls. 5-6).

7. Segundo a Requerente, dois outros fatores contribuíram para a impossibilidade de cumprimento da Fase de Exploração. Primeiramente, a escassez de sondas de perfuração, comprovada pelas declarações de fornecedores de sondas de perfuração (Doc. A-7). Além disso, em janeiro de 2009, a Mercury do Brasil Oil & Gás Ltda. – parceira comercial da Silver Marlin no empreendimento – teria deixado de arcar com os custos de perfuração de dois blocos (fl. 6).

8. Por todos esses motivos, em 11 de dezembro de 2008, a Requerente solicitou à ANP a prorrogação do prazo contratual para o cumprimento do PEM. Os prazos concedidos pela Requerida, todavia, teriam sido irrazoáveis e incompatíveis com a natureza dos trabalhos em curso. Conforme a narrativa, a ANP teria concedido prazos maiores para outras empresas na mesma situação, fato que comprovaria a invalidade do prazo deferido à Silver Marlin.

9. Para a Requerente, a concessão de prazos exíguos ocasionou, a cada novo pedido de prorrogação, a necessidade de paralisação das atividades desenvolvidas e a necessidade de desmobilização/remobilização da mão de obra e equipamentos – tarefas que consumiam parte dos novos prazos concedidos. Do mesmo modo, a incerteza quanto ao deferimento de novas prorrogações teria impedido que conseguisse novo parceiro comercial ou crédito bancário para a atividade (fl. 8).

10. Além de todos os eventos já narrados, fortes chuvas atingiram os blocos explorados, impedindo que a Requerente executasse suas atividades. A Silver

Marlin narra que Superintendência de Exploração (SEP), órgão técnico da ANP, reconheceu o efeito das chuvas sobre as atividades de vários concessionários, bem como o efeito da crise financeira mundial sobre todas as empresas do setor. Apesar disso, a Diretoria Colegiada da ANP indeferiu o pedido de prorrogação, decisão que foi objeto de pedido de reconsideração e recurso administrativo, esse último acompanhado de *Letter of Intent* firmada com potencial novo parceiro comercial da Silver Marlin. Narra a Requerente que – contrariamente à orientação dos órgãos técnicos (SEP e Procuradoria) da agência – a Diretoria, por meio de decisão não motivada, indeferiu o pedido da Silver Marlin. Na mesma decisão, a Diretoria determinou, sem comprovar qualquer prejuízo, que a Requerente deveria pagar as quantias de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e R\$ 3.440.000,00 (três milhões, quatrocentos e quarenta mil reais) para evitar a execução dos seguros garantias e a inscrição no CADIN (fls. 9-11).

#### II.1.2 - DIREITO

11. Para a Silver Marlin, os eventos narrados ao longo dos pedidos de prorrogação e das Alegações Iniciais caracterizam caso fortuito e força maior, de modo que não seria possível imputar qualquer responsabilidade à Requerente (art. 393 do Código Civil; Cláusula 32.1 dos Contratos e Cláusula 9.1 das Apólices). Argumenta que a crise econômica global produziu efeitos severos e inevitáveis sobre as suas atividades, impossibilitando o aporte de capital de sua sócia majoritária ou a obtenção de crédito bancário (fls. 20-1). Fortes chuvas ocorridas na região de exploração também teriam afetado suas atividades. Todas essas circunstâncias teriam sido reconhecidas por pareceres de órgãos técnicos e jurídicos da ANP.

12. Por entender que a Requerida não concedeu prazos adequados à situação da Silver Marlin – teriam sido concedidos prazos irrisórios e de maneira fracionada –, a Requerente afirma que a ANP agiu ilicitamente, violando, inclusive, a função social do contrato. Em virtude da elevada complexidade das atividades realizadas e

também do interesse social envolvido nesses contratos, a Requerida deveria ter cooperado com a Silver Marlin, em particular, concedendo prazos de prorrogação adequados e razoáveis (fls. 24-5).

13. O indeferimento dos prazos solicitados constituiria, ainda, violação ao princípio da isonomia. Isso porque a análise das atas de Reunião de Diretoria da ANP revelaria que em todas as rodadas de licitação as empresas concessionárias tiveram dificuldades para cumprir os prazos contratualmente previstos e que a Requerida teria deferido prazos maiores do que aqueles concedidos à Silver Marlin (fl. 27 e Doc. A-21).

14. Para demonstrar a ausência de tratamento isonômico, a Requerente alega que a Requerida, diante da diminuição de linhas de crédito decorrente de crise financeira ocorrida em 1998, estendeu consideravelmente os prazos da 2ª Fase de Exploração de 36 contratos de concessão então vigentes. A situação seria em tudo igual à hipótese discutida na presente arbitragem, de modo que a não concessão de prazos razoáveis pela Requerida ensejaria a violação aos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da razoabilidade (fls. 27-34).

15. Da atuação ilícita da ANP decorreria o dever de indenizar a Requerente pelos danos causados (art. 927 do Código Civil). Na presente hipótese, a quantia devida pela Requerida corresponderia ao valor gasto ao longo do segundo período de exploração dos dois contratos, equivalente a R\$ 4.789.038,03 e R\$ 3.757.000,00 (Docs. A-18 e A-17, respectivamente).

16. Na mesma linha, a Silver Marlin argumenta que deveria ser indenizada pela “perda de uma chance”, conclusão que decorre do seguinte raciocínio: a Requerente não foi responsável pelo descumprimento dos prazos contratuais e, por isso, a ANP deveria ter concedido prorrogações por prazo adequado; não havendo sido concedidas tais extensões de prazo, a Silver Marlin – por culpa da ANP – teria perdido a chance de concluir o Programa Exploratório Mínimo e avançar para a fase de produção. Para quantificar os prejuízos decorrentes da prematura extinção do contrato, seria preciso levar



em conta os estudos sísmicos entregues à ANP ao final da primeira fase exploratória: tais estudos comprovaram o potencial volume de óleo a ser extraído nos blocos explorados pela Silver Marlin. A partir desses dados, a Requerente busca demonstrar que deixou de lucrar, mensalmente, R\$ 1.900.000,00 com os dois contratos (fls. 36-39). Argumenta, ainda, que ao longo da arbitragem demonstraria os parâmetros adequados para a fixação de indenização decorrente da perda da chance de executar os contratos e eventualmente obter os lucros estimados.

17. Por fim, a execução dos seguros garantia pela ANP representaria ato arbitrário. Para que fosse possível executá-los, seria necessário apurar os prejuízos decorrentes do descumprimento contratual. Essa conclusão decorreria dos termos da apólice de seguro (nº 1 das Condições Gerais e Cláusula Específica 1), do princípio indenizatório – previsto no art. 781 do Código Civil e segundo o qual o segurado não pode receber mais do que aquilo que perdeu – e da vedação ao enriquecimento ilícito (art. 884 do Código Civil). Ao pretender receber o valor integral garantido pelas apólices sem qualquer procedimento prévio (que seria exigido pela cláusula 29.1 dos Contratos), a ANP estaria agindo como se estivesse diante de cláusula penal, figura que difere do seguro.

18. Citando decisão do STJ que entende tratar de caso semelhante ao presente, a Requerente conclui que o seguro garantia não é título executivo extrajudicial e, por isso, a apuração dos valores devidos e sua execução dependem de prévio processo de conhecimento. *Por eventualidade*, a Requerente sustenta que o valor a ser executado pela ANP deveria ser reduzido equitativamente, tendo em vista o cumprimento, pela Silver Marlin, da maior parte das obrigações contratualmente previstas (art. 413 do Código Civil). Com efeito, a soma dos investimentos decorrentes dos dois contratos ultrapassa 11 milhões de reais (fl. 19 e Docs. A-17 e A-18).

19. Pelas razões de fato e de direito apresentadas, a Requerente formulou os seguintes pedidos: (i) reconhecimento da impossibilidade de execução das apólices de seguro garantia e (ii) da impossibilidade de responsabilização da Silver Marlin pelo descumprimento do prazo estabelecido para o PEM; (iii) declaração da ilicitude na

concessão de prazos irrazoáveis pela ANP; (iv) indenização pelas perdas e danos decorrentes da ilegal frustração do cumprimento do PEM; (v) condenação da Requerida ao pagamento de indenização em razão da “perda de uma chance”; (vi) alternativamente em relação ao pedido anterior, redução equitativa do valor da penalidade aplicada pela ANP; e (vii) não execução das apólices em montante superior ao estipulado por este Tribunal.

## II.2 – ALEGAÇÕES DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO

### II.2.1 – FATOS

20. A defesa apresentada pela ANP sustenta, em síntese, a licitude dos prazos de prorrogação concedidos e da execução integral dos seguros garantia. Para a Requerida, a Silver Marlin é a única culpada pelo inadimplemento das obrigações contratuais: tratar-se-ia de empresa inexperiente, circunstância da qual decorreu planejamento inadequado e aplicação ineficiente dos recursos financeiros de que dispunha. A Requerida apresenta o histórico de cada um dos contratos para o fim de demonstrar a correção de sua atuação e a culpa da Requerente.

21. Narra que, já no 1º Período Exploratório, a Silver Marlin cedeu 50% de seus direitos decorrentes do contrato de concessão nº 48610.009191/2005-36 à empresa Mercury do Brasil Oil & Gás Ltda. Quanto ao Contrato de Concessão nº 48610.009201/2005-33, ainda em 2007 a Silver Marlin solicitou a prorrogação do prazo para o cumprimento do levantamento sísmico objeto do PEM; o pedido foi deferido pela ANP, que concedeu 120 dias adicionais para a conclusão do 1º Período Exploratório do contrato referido (fls. 21-2 da Resposta às Alegações Iniciais).

22. Ao longo do 2º Período Exploratório, diversos pedidos de prorrogação foram feitos em ambos os contratos. No âmbito do primeiro contrato, o primeiro pedido de prorrogação foi feito a menos de um mês do fim do 2º Período



Exploratório (em 11 de dezembro de 2008). O pedido pretendia que à Silver Marlin fosse dispensado o mesmo tratamento supostamente outorgado à Petrobras na Rodada Zero, bem como a reposição dos dias perdidos em razão de suposto atraso do órgão ambiental estadual da Bahia. Embora os fundamentos utilizados não fossem legítimos, a ANP – levando em consideração cronograma de perfuração apresentado pela Requerente – concedeu prorrogação de 80 dias (fls. 5-6 da Resposta às Alegações Iniciais). A ANP alega que, em manifestação posterior, a própria Requerente teria reconhecido a razoabilidade do prazo concedido (fl. 7 da Resposta às Alegações Iniciais).

23. O **segundo pedido de prorrogação** foi protocolado em 27 de março de 2009 – apenas 5 (cinco) dias antes do vencimento da fase exploratória. No documento, a Requerente relatou dificuldades financeiras decorrentes da inadimplência do parceiro do consórcio (Mercury), que deveria suportar 70% dos custos de perfuração dos poços (fls. 6-7 da Resposta às Alegações Iniciais). A ANP narra que, em reunião com representante da Mercury do Brasil Ltda., teria sido informada que a inexistência de novos aportes decorria do fato de que o dinheiro já investido não estaria sendo destinado às atividades relacionadas ao Contrato de Concessão. Aplicando a cláusula 5.2.1, *d*, do Contrato de Concessão (cláusula *well in progress*), a Requerida concedeu prazos de 30 (bloco REC-T-138) e 60 (bloco REC-T-59) dias para a conclusão dos objetivos estratigráficos contratualmente fixados (fl. 8).

24. Em 23 de setembro de 2009, a Silver Marlin protocolou o **terceiro pedido de prorrogação**, ao argumento de que a crise econômica mundial, a ocorrência de fortes chuvas, o abandono do parceiro comercial e problemas administrativos enfrentados pela Requerente inviabilizaram o fiel cumprimento de suas obrigações. A Diretoria Colegiada da ANP houve por bem outorgar mais 90 dias para a conclusão dos poços, acolhendo apenas o argumento relacionado às fortes chuvas (fls. 8-15).

25. Os dois **pedidos de prorrogação (quarto e quinto)** subsequentes, constituem, na verdade, pedidos de reconsideração protocolados em face da decisão anterior. Segundo a ANP, nenhum fundamento novo foi apresentado, salvo pela

apresentação, no quinto pedido, de “carta de intenção não vinculativa” de potencial parceiro da Silver Marlin. O primeiro pedido de reconsideração foi considerado intempestivo e o segundo foi indeferido (fls. 16-21 da Resposta às Alegações Iniciais).

26. Na sequência, a ANP relata os pedidos de prorrogação relacionados ao Contrato de Concessão nº 48610.009201/2005-33. Após o deferimento de pedido inicial ainda no 1º Período Exploratório, a Requerente protocolou o **segundo pedido de prorrogação** em 11 de dezembro de 2008 – menos de um mês antes do final do 2º Período Exploratório –, formulando pedido de extensão do prazo por 2 anos. Tal qual o pedido formulado no âmbito do outro contrato, a Silver Marlin alegava a necessidade de que lhe fosse concedido tratamento igual àquele dispensado à Petrobras na Rodada Zero, bem como apontava os prejuízos decorrentes de atraso de 2 meses para a expedição de licença ambiental. A Diretoria Colegiada da ANP, considerando o Cronograma de Perfuração 2008 apresentado, concedeu o prazo adicional de 120 dias para a perfuração do poço (fls. 21-4 da Resposta às Alegações Iniciais).

27. O **terceiro pedido de prorrogação** foi protocolado em 23 de setembro de 2009, alegando que a melhora do cenário econômico mundial autorizava a conclusão de que a Requerente conseguiria adimplir suas obrigações, invocando também as dificuldades decorrentes da ocorrência de fortes chuvas. A Diretoria Colegiada da ANP deferiu o pedido, acolhendo apenas o argumento relativo à chuva, e concedeu prazo de 90 dias (fls. 24-7). Quanto ao ponto, a ANP relata que sequer essa prorrogação deveria ter sido deferida, tendo em vista que, a rigor, o fim da fase exploratória sem cumprimento do Programa Exploratório Mínimo do bloco SEAL-T-467 teria importado na extinção do contrato antes mesmo do pedido de prorrogação.

28. Assim como no outro contrato, os dois **pedidos de prorrogação (quarto e quinto)** subsequentes, constituem, na verdade, pedidos de reconsideração protocolados em face da decisão anterior. Segundo a ANP, nenhum fundamento novo foi apresentado, salvo pela “carta de intenção não vinculativa” de potencial parceiro da Silver

Marlin, no quinto pedido. O primeiro pedido de reconsideração foi considerado intempestivo e o segundo foi indeferido (fls. 27-30 da Resposta às Alegações Iniciais).

## II.2.2 – DIREITO

29. Após narrar os fatos que julga relevantes, a Requerida refuta a qualificação jurídica atribuída pela Silver Marlin aos eventos ocorridos ao longo do contrato. A seu ver, todos os eventos que poderiam ser qualificados como caso fortuito foram reconhecidos pela ANP e ensejaram a concessão de prorrogações (fl. 31); as dificuldades financeiras e problemas de gestão da Silver Marlin não deveriam ser equiparadas a tais eventos. Segundo sustenta, é da natureza do contrato de concessão que os riscos decorrentes da atividade sejam suportados pelo concessionário.

30. Somadas, as prorrogações concedidas totalizam um ano e dois meses (fl. 32) e seria perfeitamente possível que a Requerente lograsse êxito na execução do contrato. Na verdade, a presente arbitragem decorreria do mero inconformismo da Silver Marlin com a negativa de pedido de suspensão do período exploratório fundada no esgotamento financeiro da Requerente. Ainda que assim não fosse, continua a Requerida, a Silver Marlin não teria observado o procedimento contratualmente previsto para o reconhecimento de isenção de responsabilidade, previsto na cláusula 32.3 (fl. 33 da Resposta às Alegações Iniciais). De fato, a Superintendência de Exploração (SEP) e a Procuradoria-Geral da ANP (PRG) reconheceram que a crise econômica mundial de 2008 constituía caso fortuito. Todavia, para que fosse possível conceder prorrogação do prazo contratual era necessário demonstrar os efeitos desproporcionais e excepcionais da crise sobre o concessionário, tarefa da qual a Silver Marlin não se desincumbiu (fl. 34).

31. A Requerida argumenta, ainda, que os deferimentos das prorrogações/suspensões do período exploratório foram feitos legalmente, à medida que solicitados (fl. 35). Quanto às alegações da Requerente de violação da isonomia, a ANP

afirma que as decisões apontadas pela Silver Marlin tratariam de hipóteses que não equivalem à da Requerente. Para ilustrar o ponto, argumenta que tais decisões referem-se a blocos em mar, cuja exploração seria mais custosa e complexa (fls. 35-36 da Resposta às Alegações Iniciais).

32. Destaca, ainda, que a referência a pareceres de órgãos da ANP que teriam reconhecido a procedência das alegações da Requerente é imprópria porque tais manifestações pretendiam apenas fornecer os caminhos possíveis para se chegar a uma decisão, sem discutir diretamente a viabilidade do pleito da Silver Marlin. Sobre o ponto, reitera que o órgão competente – a Diretoria Colegiada da ANP – analisou todos os argumentos expostos e deferiu as prorrogações que considerou legítimas (fls.37-40).

33. Quanto à alegação de falta de sondas, argumenta que tal fundamento jamais foi apresentado à ANP e, seja como for, a alegada indisponibilidade teria decorrido exclusivamente da falta de planejamento da Silver Marlin. (fl. 40-41)

34. Finalmente, acerca da legalidade da execução dos seguros garantia, a ANP aduz que a cláusula 15.8 dos contratos prevê seu direito de promover a execução da garantia financeira em caso de inadimplência do concessionário. O dispositivo contratual decorre de disposição expressa do art. 43 da Lei nº 9.478/97 e difere da possibilidade de imposição de penalidades decorrentes do poder de polícia da ANP (fls. 47-48). Acerca do valor devido, destaca que as garantias referentes ao 1º Período Exploratório foram devolvidas ao requerente com a entrega dos dados relativos à sísmica 2D, de modo que as garantias que seriam executadas compreendem apenas o 2º Período Exploratório (fl. 49). Nessa linha, tratando-se de obrigação de resultado, o não cumprimento dos objetivos de perfuração contratualmente acordados torna possível a execução integral das garantias.

35. Por fim, afirma que não há que se falar em “perda de uma chance” ou em indenização por perdas e danos. Os dois casos pressupõem a atuação ilícita da ANP e, diante da correção dos atos da Requerida, a alegação da Silver Marlin torna-se impertinente.

### III – PROCEDIMENTO PERANTE O TRIBUNAL

36.               Relatadas as alegações das partes, cumpre descrever brevemente os principais eventos do procedimento arbitral. Após a fixação de cronograma provisório, bem como a apresentação de síntese das pretensões por ambas as partes, o Tribunal, em 18.jan.2011, decidiu manter o provimento judicial obtido pela Silver Marlin, com o objetivo de impedir o acionamento das garantias contratuais pela ANP.
37.               Em 21.mar.2011, a Requerente apresentou suas Alegações Iniciais. A Defesa da Requerida, por sua vez, foi enviada em 28.mar.2011. Em 28.set.2011, a Requerente apresentou sua Réplica e, em 10.out.2011, foi apresentada pela Requerida a Tréplica.
38.               Em 11.out.2011 (Ordem Processual nº 5), determinou-se a manifestação das partes quanto à (i) necessidade de produção de provas (e indicação das mesmas) e (ii) conveniência de realização de audiência. No dia 17.out.2011, a Requerente apresentou manifestação indicando as provas que pretendia produzir e afirmando seu interesse na realização de audiência, arrolando desde então as testemunhas. Sobre o ponto, o Tribunal decidiu (Ordem Processual nº 7): *i*) deferir o pedido da Requerente de realização de perícia de engenharia e conceder às partes o prazo de duas semanas para que, se possível, indicassem o *expert* consensualmente; *ii*) adiar a decisão acerca do pedido da Requerente de realização de perícia de geologia para momento futuro, por medida de eficiência; *iii*) deferir o pedido da Requerente de realização de audiência, para inquirição das testemunhas arroladas.
39.               Após a indicação conjunta das partes do Perito Dr. Eng. Paulo Couto, em 06.dez.2011, deu-se início à fase de instrução do processo, definindo-se cronograma para os atos preliminares (Ordens Processuais nº 11 e 12).
40.               Em 23.jan.2012, o Tribunal concedeu à Requerida prazo para se manifestar sobre a petição encaminhada pela Requerente em 19.jan.2012 (Ordem



Processual nº 13), o que foi feito em 26.jan.2012. Tendo em vista tal manifestação, decidiu o Tribunal (Ordem Processual nº 14): *i*) quanto aos quesitos de perícia – deferir os quesitos apresentados por ambas as partes, com exclusão do quesito nº 9 formulado pela Silver Marlin e permitindo que o quesito de nº 8 fosse encaminhado nas versões elaboradas tanto pela Requerente quanto pela Requerida; *ii*) quanto ao requerimento incidental da Silver Marlin (pedido consistente na declaração de não-incidência da “Taxa de Ocupação ou Retenção”), determinou que as Partes se pronunciassem quanto à existência de interesse de submeter o requerimento incidental à jurisdição do Tribunal.

41. Levando em consideração a manifestação da Requerida no sentido de que não tinha interesse em submeter a questão à arbitragem, o Tribunal declarou-se incompetente para apreciar o requerimento incidental (Ordem Processual nº 15).

42. Tendo em vista a apresentação de proposta de honorários pelo Perito, encaminhada às partes em 01.mar.2012, e a ausência, até tal data, de notícia de acordo com o mesmo para início dos trabalhos, o Tribunal intimou as partes para a realização de *conference call* com os árbitros (Ordem Processual nº 16) e determinou a manifestação da Requerente sobre o e-mail enviado pelo Tribunal, relativo à perícia, e sobre a manifestação da Requerida (Ordem Processual nº 17).

43. Em 02.mai.2012, a Requerida apresentou manifestação cujos pedidos foram assim resumidos pelo Tribunal (Ordem Processual nº 18): (i) supressão dos quesitos de números 11, 12 e 13; (ii) determinação do pagamento imediato dos honorários; e (iii) indeferimento de qualquer proposta de parcelamento, bem como determinação de que o Perito só iniciasse seus trabalhos após o pagamento integral dos valores que tivesse a receber. Em virtude de tais pedidos, o Tribunal solicitou informações ao Perito, para que avaliasse a viabilidade técnica de desmembramento dos quesitos e confirmasse sua aptidão para respondê-los. Após a análise dos autos, o Perito afirmou que não havia métodos disponíveis que permitissem obter resposta confiável para os quesitos impugnados e, em razão disso, apresentou nova proposta de honorários.



44. O Tribunal entendeu que o pagamento parcelado dos valores devidos ao Perito não constituía fato que ensejasse a suspeição do mesmo. Diante da impossibilidade de desmembramento da perícia e da improcedência da alegação da Requerida, questionou à Silver Marlin se ainda havia interesse na realização da perícia e determinou, em caso positivo, o modo como se daria o pagamento dos valores e o prazo para o primeiro depósito.

45. Tendo em vista a manifestação da Requerente em 29.mai.2012, o Tribunal fixou os vencimentos das parcelas a serem pagas ao Perito e requereu que o mesmo fornecesse as instruções de pagamento para, após efetuado o primeiro depósito, dar início aos trabalhos (Ordem Processual nº 19). O cronograma de pagamento dos honorários periciais foi definitivamente estabelecido na Ordem Processual de nº 22. Na oportunidade, registrou-se que, de forma atípica, a Requerente vinha arcando com o adiantamento de todos os custos do procedimento e, ainda que com dificuldade, honrado seu compromisso, de modo a levar o Tribunal a rejeitar o pedido da Requerida de indeferimento da prova pericial que, ademais, já se encontrava em curso.

46. O laudo pericial foi entregue em 10.dez.2012 e o Tribunal concedeu prazo para manifestação das partes (Ordem Processual nº 23). Diante dos pedidos de esclarecimento formulados pelas partes, o perito novamente se pronunciou. Tendo em vista a conclusão da perícia, o Tribunal, em 04.abr.2013, indagou se as partes pretendiam produzir provas adicionais. Diante da negativa das partes, fixou o prazo para as alegações finais (Ordem Processual nº 27), apresentadas em 27 e 28.mai.2013 pela Requerente e pela Requerida, respectivamente.

47. Tendo em vista a petição da Requerente quanto ao pagamento da 2ª parcela dos honorários arbitrais, enviada no dia 25.jun.2013, o Tribunal concedeu, em 01.jul.2013, prazo à Requerida para, querendo, apresentar manifestação (Ordem Processual nº 28). Nessa mesma data, fora realizada reunião com o Perito e os representantes das partes para que o mesmo prestasse esclarecimentos ao Tribunal quanto a alguns pontos. Em 08.jul.2013, a Requerida apresentou suas manifestações quanto à petição da Requerente supramencionada,

trazendo considerações quanto à reunião com o Perito e posicionando-se no sentido de que a Requerente deveria ser novamente instada a pagar as custas do procedimento arbitral.

48. Ao interpretar a cláusula 5.4 do Termos de Arbitragem, e rememorando posição anteriormente assumida pela Silver Marlin, o Tribunal determinou que as custas ainda pendentes fossem pagas pela Requerente (Ordem Processual nº 29). Na mesma ocasião, tendo em vista que a Requerida fez considerações quanto à reunião com o Perito em sua manifestação anterior, o Tribunal concedeu prazo à Requerente para que fizesse o mesmo. Em 30.jul.2013, indeferiu o pedido formulado pela ANP e considerou o feito suficientemente instruído para julgamento (Ordem Processual nº 30).

49. Por meio da Ordem Processual nº 31, de 10.set.2013, o Tribunal suspendeu o procedimento arbitral para que as partes pudessem tomar as providências necessárias relativas ao pagamento da segunda parcela de honorários. Em 30.out.2013, concedeu 5 dias à Requerente para que se manifestasse quanto ao pedido formulado pela Requerida, solicitando o arquivamento do procedimento arbitral e a revogação da decisão liminar proferida pelo Tribunal. Em 04.nov.2013, a Silver Marlin manifestou-se impugnando tal pedido e, em 08.nov.2013, o Tribunal emitiu a Ordem Processual, de nº 33, indeferindo o pedido de arquivamento feito pela ANP e deferindo o de parcelamento, feito pela Silver Marlin.

50. Em 10.mar.2014, por meio da Ordem Processual nº 34, foi aberto prazo para a ANP manifestar-se e, após tal manifestação, o Tribunal deferiu o requerimento anteriormente formulado pela Silver Marlin (Ordem Processual nº 35, 18.mar.2014), observando-se a solicitação feita pela ANP de que fossem adotadas certas formalidades para cessão dos valores dos quais a Silver Marlin é credora (conforme esclarecido na Ordem Processual nº 36, de 26.mar.2014, através da qual também foi concedido prazo à Silver Marlin para que se manifestasse acerca do cumprimento dos prazos estabelecidos na Ordem de nº 33).

51. Após a manifestação da Silver Marlin, o Tribunal autorizou o pagamento direto à FGV, observadas as formalidades solicitadas pela ANP e reiterou o pedido de informações à Silver Marlin acerca do cumprimento dos prazos estabelecidos na Ordem Processual nº 33, ressaltando que embora o prazo para quitação integral das dívidas acabe em novembro, a Silver Marlin não vinha cumprido os prazos de pagamento mensais estabelecidos em seu próprio pedido (Ordem Processual nº 37, de 03.abr.2014).

52. Em 06.mai.2014 a ANP entregou petição solicitando o Tribunal intimasse a Silver Marlin a apresentar documento pelo qual concordaria em ceder crédito da ANP à FGV como forma de adiantamento das custas processuais. O Tribunal concedeu prazo para que a Silver Marlin se manifestasse (Ordem Processual nº 38, de 07.mai.2014).

53. Através da Ordem Processual nº 39, o Tribunal determinou que a ANP depositasse os valores ainda não quitados relativos aos honorários dos árbitros no prazo de 45 dias, e informou que a decisão somente seria disponibilizada às partes pela Câmara FGV após a comprovação de quitação dos débitos.

54. É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

### I – INOCORRÊNCIA DE EVENTOS DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR QUE LIBEREM A REQUERENTE DE SUAS OBRIGAÇÕES

55. Não há disputa entre as partes quanto ao fato de que as obrigações contratuais não foram integralmente adimplidas. O objetivo estratigráfico fixado nos contratos constitui obrigação de resultado<sup>1</sup>, de modo que sua inobservância torna inadimplente o devedor. Conforme registrado pelo i. perito (fl. 52 do Laudo Pericial), embora a Requerente tenha cumprido 100% do 1º Período do Programa Exploratório Mínimo para ambos os contratos, apenas 8,72% e 4,74% do 2º Período Exploratório foram cumpridos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Convém destacar a distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado, para fins de melhor compreensão do tema. V. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. II, 2003, p. 48: "*Nas obrigações de resultado, a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo final; nas de meio, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções, a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final*"; Gisela Sampaio da Cruz, *Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado*. In: Gustavo Tepedino (coord.), *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2005, p. 169-170: "*As obrigações cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas tão-só em uma atividade diligente deste em benefício do credor, são denominadas obrigações de meio. (...) Já nas chamadas obrigações de resultado, o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não execução implica o descumprimento do contrato*"; e Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1999, v. 2, p. 184-185: "*A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Inere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. (...) A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. (...) Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente. Assim, se inadimplida essa obrigação, o obrigado ficará constituído em mora, de modo que lhe competirá provar que a falta do resultado previsto não decorreu de culpa sua, mas de caso fortuito ou força maior, pois só assim se exonerará da responsabilidade; não terá, porém, direito à contraprestação*".

<sup>2</sup> Os percentuais apurados na perícia correspondem à razão entre a profundidade de perfuração contratualmente exigida e aquela efetivamente realizada pela Silver Marlin.

56. Não havendo dúvidas quanto à inexecução, a controvérsia se situa no plano da imputação de responsabilidade pelo não cumprimento do contrato. Como se viu, a Silver Marlin alega que a inexecução é resultado da cumulação dos seguintes eventos: (i) crise econômica; (ii) perda de parceiro comercial; (iii) chuvas fortes; e (iv) escassez de sondas no mercado. Por essa razão, dever-se-ia prorrogar o prazo para cumprimento das obrigações pactuadas no período exploratório.

57. Convém registrar desde logo que a existência de riscos é intrínseca a qualquer atividade comercial<sup>3</sup>. Não por outro motivo, a jurisprudência tem mesmo afirmado que *o risco é o aval moral do lucro*<sup>4</sup>. A própria atividade na área do petróleo é, por sua natureza, atividade de risco, em especial na fase exploratória, onde tanto é possível que a concessionária logre êxito em sua empreitada, quanto que não encontre petróleo ou, ainda que o faça, não se chegue à declaração de comercialidade dos poços ou campos.

58. Além disso, na forma da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997) a obrigação de explorar é “por conta e risco” do concessionário. Basta verificar, por exemplo, a redação dos artigos 24, § 1º, e 26, *caput*:

*“Art. 24. Os contratos de concessão deverão prever duas fases: a de exploração e a de produção.*

*§ 1º Incluem-se na fase de exploração as atividades de avaliação de eventual descoberta de petróleo ou gás natural, para determinação de sua comercialidade.”*

*“Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.” (grifos acrescentados)*

---

<sup>3</sup> STJ, DJ 17.dez.2004, REsp 475.180/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi: “(...) O risco do negócio, por óbvio, é de plena responsabilidade da sociedade empresária, porque é ele inerente a qualquer contrato de matiz mercantil, como o é, o de representação comercial (...)”.

<sup>4</sup> TJ/RJ, j. 07.ago.2013, Apelação Cível n.º 0004904-69.2009.8.19.0058, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino.



59. Sob essa perspectiva, não merece prosperar a alegação de que a perda de parceiro comercial constitui caso fortuito ou força maior. É tradicional no direito brasileiro a distinção entre as hipóteses de fortuito interno e fortuito externo. O fortuito interno, inerente ao exercício da atividade empresarial, deve ser suportado pelo empreendedor – que é quem aufere o lucro do negócio. Como registrado, não se poderia falar em expectativa legítima de lucro sem a assunção, em algum grau, de riscos.

60. Por outro lado, o fortuito externo é o risco alheio à atividade desempenhada, que não faz parte da configuração ordinária do negócio. Trata-se, nesse último caso, de caso fortuito ou força maior, capaz de ensejar a liberação do devedor no cumprimento da obrigação ou a alteração de suas condições. A distinção entre fortuito interno e externo é exposta pela doutrina nos seguintes termos:

*“Vale, nesse passo, distinguir esses conceitos de fortuito externo e interno. O fortuito externo são fatos extraordinários e inevitáveis, que em nada se relacionam com a prestação ajustada. Se um cantor não consegue chegar ao seu show porque, digamos, caiu uma tempestade diluviana no local do evento, que inundou toda a cidade onde se realizaria o espetáculo, ele não poderá ser responsabilizado pelos danos decorrentes do não cumprimento de sua obrigação. Afinal, deu-se um caso fortuito, em razão de um motivo externo ao conteúdo de sua prestação.*

*No fortuito interno há também um fato extraordinário e inevitável, porém que se relaciona com a prestação. Se, por exemplo, um caminhão deixa de entregar a mercadoria porque seu freio falha ou seu pneu fura, não haverá exclusão do nexo de causalidade porque, embora esses fatos sejam inevitáveis, eles decorrem da própria natureza da prestação (no caso, o transporte).*

*Com efeito, a doutrina e a jurisprudência construíram os conceitos de fortuito interno e externo, que, a rigor, servem como uma forma de restringir a quebra do nexo. Isso porque se entende que o fortuito interno aglutina situações que, embora extraordinárias e até inevitáveis, encontram-se inseridas dentro da natureza da atividade, sendo, pois, riscos integrantes da atividade.”<sup>5</sup>*

*“Rompendo o nexo de causalidade entre a conduta do devedor e o dano, o caso fortuito ou a força maior produz efeitos também nas relações regidas pela responsabilidade objetiva. Neste campo*

---

<sup>5</sup> José Roberto de Castro Neves, *Direito das obrigações*, 2008, p. 342-3.



*especialmente, costuma-se invocar a chamada teoria do fortuito interno, segundo a qual não exonera de responsabilidade o evento que, embora necessário e inevitável, vincula-se à própria atividade do agente. Compõe, deste modo, os riscos com os quais deve arcar quem desenvolve a atividade potencialmente lesiva. (...) Muito ao contrário, o fortuito externo consiste no evento necessário e inevitável que se revela estranho à atividade do agente, razão pela qual deflagra o efeito legal da exoneração daquele que seria responsável.”<sup>6</sup>*

*“O ‘fortuito interno’ consiste no fato inevitável que se liga à organização da empresa, vale dizer, aos riscos da atividade desenvolvida pelo transportador (v.g., o estouro de um pneu, o mal súbito do motorista). Estes fatos, embora ‘imprevisíveis’, não são ‘fatos necessários e inevitáveis’, porque, em larga medida, podem ser evitados (por exemplo, com uma cuidadosa revisão dos pneus, ou com a diligência de realizar exames médicos periódicos e frequentes nos motoristas, ou ter sempre um ‘motorista suplente’ que possa fazer frente aos imprevistos na saúde do colega). E, se mesmo com todos os cuidados não puderem ser evitados mesmo assim – em face do elevado grau da obrigação de garantia – não exonerarão o transportador do dever de indenizar.*

*Diferentemente, o ‘fortuito externo’ é estranho à organização do negócio, não guardando nenhuma relação com a empresa. Tal será o caso de uma inundação que desvia o ônibus de sua rota, de um deslizamento no terreno que provoca a sua capotagem. O ‘fortuito externo’ tem força liberatória sempre que o transportador não houver concorrido para a produção do evento.”<sup>7</sup>*

61. Ora, a perda de parceiro comercial faz parte dos riscos ordinários do negócio, constituindo fortuito *interno*. Disso decorre que a desistência da Mercury durante a execução do contrato não libera a Silver Marlin do cumprimento das obrigações por ela assumidas nos contratos. Tal fato não configura caso fortuito e força maior, não eximindo, pois, a Requerente de suas obrigações. A perda do parceiro é álea ordinária do contrato de associação e é, *per se*, um risco assumido pelo concessionário. Além disso, a União, como concedente, não pode estar sujeita a problemas que surjam na relação do concessionário. Por outro lado, os integrantes do consórcio são solidariamente responsáveis perante a ANP e sendo uma sociedade, esta é a responsável.

<sup>6</sup> Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, *Código Civil Comentado* – vol. IV, 2008, p. 355.

<sup>7</sup> Judith Martins-Costa, *Comentários ao novo Código Civil* – vol. V, t. II, 2004, p. 201.

62. Outro registro relevante quanto às alegações diz respeito ao ônus da prova da configuração de caso fortuito ou força maior. Sobre o tema, a doutrina destaca com bastante propriedade que cabe ao devedor provar a natureza extraordinária do evento e seus efeitos sobre a obrigação avençada. É dizer: ao credor é suficiente demonstrar que o contrato não foi cumprido, cabendo ao devedor demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Veja-se:

*“O tipo de nexo de imputação definirá as regras acerca da prova, seus deslocamentos, presunções e medida do ônus. Se a imputação for subjetiva (responsabilidade fundada na culpa) vigora a regra de que a impossibilidade de prestar, sobrevindo sem culpa do devedor, o libera. Quem alega o evento inevitável deve prová-lo, bem como demonstrar que o fato material (fortuito) guarda relação de causa e efeito com a impossibilidade de prestar.”<sup>8</sup>*

*“Conforme estabelecido pela doutrina majoritária, ao credor cabe provar simplesmente o inadimplemento da obrigação na forma e tempo devidos. O devedor que alega que o inadimplemento se deve a caso fortuito ou força maior deverá prová-lo.”<sup>9</sup>*

63. Impõe-se, assim, afastar a ocorrência de caso fortuito em duas outras circunstâncias apontadas pela Requerente. De início, não houve prova de que as chuvas ocorridas na região dos blocos causaram atrasos maiores do que as prorrogações concedidas pela ANP. Nem os documentos juntados pela Requerente em suas alegações nem o laudo pericial autorizam a conclusão de que as chuvas ocorridas na região durante o período de exploração foram anormais, menos ainda que o atraso foi maior que a prorrogação concedida. Como em relação a todas as outras alegações da Requerente, o fato de outras concessionárias que operam na região haverem conseguido, em condições iguais ou mesmo mais adversas, cumprir suas obrigações, apesar das supostas chuvas imprevisíveis, torna ainda menos convincente o argumento de que ocorreram eventos de força maior.

---

<sup>8</sup> Judith Martins-Costa, *Comentários ao novo Código Civil* – vol. V, t. II, 2004, p. 220-1.

<sup>9</sup> J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *Novo Código Civil anotado* – vol. II, 2006, p. 243-4.

64. Da mesma maneira, a Silver Marlin não conseguiu demonstrar de forma específica as consequências da crise econômica sobre suas atividades. Aqui, vale notar que, em negócios que demandam elevado aporte de capital, a maior ou menor disponibilidade de crédito disponível no mercado financeiro integra o risco negocial assumido pela Requerente ao se lançar na atividade de exploração e produção petrolífera. O que se vem de dizer tem o objetivo de afastar qualquer possibilidade de caracterizar – no caso em análise – como caso fortuito ou força maior a eclosão de crise econômica, hipótese que, de resto, tem sido afastada por decisões arbitrais recentes. A verdade, porém, é que sequer existe comprovação específica da relação entre a crise e a inexecução das obrigações contratuais. De fato, salta aos olhos que, ainda em 2007, antes da eclosão da crise e durante o 1º Período Exploratório, foi necessário que a Silver Marlin solicitasse prorrogação de prazo.

65. Passando ao argumento relativo à escassez de sondas disponíveis no mercado, embora o laudo pericial reconheça que o número de sondas disponíveis é menor do que a demanda do mercado, acrescenta que essa é uma característica permanente e bem conhecida nesta área, de modo que o planejamento das empresas do setor leva em conta essa disponibilidade reduzida de sondas. Confira-se o laudo pericial:

*“O mercado de sondas de perfuração é reconhecidamente cíclico. De acordo com Simmons (2002), nas últimas três décadas houve grandes altos e baixos nas taxas diárias pagas pelo aluguel de tais unidades, mas nada se compara ao que vem ocorrendo nesta década. A duração dos ciclos tem diminuído e, quando a indústria volta a se recuperar, os picos são mais altos do que os observados no ciclo anterior. Praticamente todas as baixas no mercado vieram após grandes quedas nos preços de óleo e gás. Por ser extremamente intensiva em mão de obra, assim que uma sonda é construída, a proprietária busca mantê-la contratada o maior tempo possível. Isso porque os custos de manutenção das sondas, mesmo quando paradas, são enormes. A forte demanda também faz com que sondas no final do ciclo de vida continuem a ser utilizadas. Assim, as Concessionárias devem se antecipar à escassez de sondas no mercado buscando contratos com a devida antecedência para garantir a continuidade dos trabalhos previstos nos contratos de concessão com a agência reguladora. Para sondas terrestres,*

*algumas concessionárias garantem contratos com um (01) ano de antecedência às atividades de perfuração de poços”. (fl. 55)*

*“A REQUERENTE falhou ao não garantir um contrato com fornecedores de sonda de perfurações com a devida antecedência às atividades de perfuração de seus poços. As datas das respostas das empresas fornecedoras de sondas são de dezembro de 2008. Respostas desse tipo são emitidas em, no máximo, duas semanas após a solicitação inicial. Dessa forma, o Perito conclui que as consultas foram efetuadas, no máximo, no mês anterior às respostas. Mesmo assim, as empresas confirmaram a disponibilidade de sondas para março de 2009, o que ainda permitira a perfuração dos poços até o final do período exploratório, em fins de julho de 2009”. (fl. 57)*

66. Como se vê, houve, em verdade, falta de planejamento e de experiência na indústria por parte da Requerente. A escassez de sondas era mais do que previsível. Apesar disso, a Requerente nada fez, de modo eficiente, para garantir que teria à sua disposição o equipamento quando fosse necessário.

67. Por fim, registre-se que em momento algum a Requerente conseguiu demonstrar os efeitos específicos dos eventos descritos sobre sua atividade. Vale dizer: a Requerente alega a irrazoabilidade dos prazos concedidos sem, contudo, demonstrar as razões de seu inconformismo. A ocorrência de evento de caso fortuito e força maior não ensejariam a purgação de toda a mora da Silver Marlin, mas apenas a recomposição do prazo perdido em função do evento de força maior. Como é corrente, não é possível que o devedor se beneficie do evento extraordinário, pleiteando condição da qual anteriormente não era titular:

*“Se o acontecimento extraordinário não trazer a impossibilidade da prestação, eximir-se-á o devedor da parte atingida ou se forrá da mora, se apenas tiver como consequência o atraso na sua execução. Mas não poderá invocar o fortuito para exoneração absoluta, beneficiando-se fora das marcas.”<sup>10</sup>*

---

<sup>10</sup> Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de direito civil* – vol. II, 2003, p. 349-50.

68. Dessa forma, e porque não estabeleceu relação clara entre as atividades em curso e a duração e intensidade dos eventos, a alegação de ocorrência de caso fortuito ou força maior não procede. Em suma, percebe-se que “*outras empresas que participaram da 7ª Rodada de Licitações da ANP lograram sucesso na exploração de blocos nos mesmos setores que a REQUERENTE, e sujeitas aos mesmos cenários econômico, meteorológico e tecnológico. Portanto, as chuvas na região, a crise econômica e a alegada indisponibilidade imediata de sondas não devem ser considerados caso fortuito e força maior*” (fl. 56 do Laudo Pericial).

## II – AUSÊNCIA DE TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO NA CONCESSÃO DE PRORROGAÇÕES PELA ANP

69. A Silver Marlin aduz que a recusa da ANP em reconhecer os efeitos da crise econômica e da chuva sobre suas atividades constitui violação ao princípio da isonomia. Isso porque a Requerida haveria qualificado tais eventos como caso fortuito e força maior ao conceder prazos para outras concessionárias. Nessa mesma linha, as decisões que negaram os pedidos de renovação teriam divergido da conclusão dos pareceres dos órgãos técnicos da ANP, nos quais teria sido reconhecida a procedência dos pedidos da Requerente. Sem razão a Silver Marlin.

70. O princípio da isonomia decorre do bem conhecido conceito aristotélico de igualdade: agir *justamente* corresponde a *dar a cada um o que é seu*; tratar igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade<sup>11</sup>. A isonomia surge como um princípio jurídico inafastável com as Revoluções Liberais do final do século XVIII. Foi erigida como dogma para fazer cair o conjunto de privilégios próprios

---

<sup>11</sup> Para uma análise dessa ideia de isonomia como expressão da justiça, v. Maren Guimarães Taborda, O princípio da igualdade em perspectiva histórica: Conteúdo, alcance e direções, *Revista de Direito Administrativo* 211:241, 1998, p. 247-51. V. tb. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Princípios gerais de Direito Constitucional, *Revista de Informação Legislativa* 64:67, 1979, p. 75-6.



do Antigo Regime, tendo-se incorporado à própria ideia de constitucionalismo que floresceu no século XIX<sup>12</sup>.

71. No primeiro momento, o princípio da isonomia se confunde com o da legalidade, pois transmite o dever de *aplicar* fielmente a norma e de modo uniforme em relação a todos por ela abrangidos<sup>13</sup>. No segundo, o mandamento passa a incluir como destinatário o *legislador*, não bastando a aplicação isonômica; torna-se necessário que o próprio *conteúdo* da lei seja compatível com o postulado da igualdade<sup>14</sup>: “*A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos*”<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Joaquim B. Barbosa Gomes, O debate constitucional sobre as ações afirmativas, *Revista de Direitos Difusos* 9:1133, 2001, p. 1135. Cabe ressaltar, logo de início, que o autor se refere, com isso, à igualdade meramente formal. As ideias de igualdade material, de igualdade de oportunidades, surgem apenas como produto do Estado Social e, portanto, já no século XX. No mesmo sentido, v. Edgard Lincoln de Proença Rosa, Aspectos do princípio da igualdade, *Revista de Informação Legislativa* 71:177, 1981, p. 178: “*Como se sabe, a origem histórica desse princípio remonta à Revolução Francesa, quando se pretendeu, na instauração de uma nova ordem estatal, abolir os privilégios de classes arraigados na nobreza decadente (...)*”.

<sup>13</sup> Maren Guimarães Taborda, O princípio da igualdade em perspectiva histórica: Conteúdo, alcance e direções, *Revista de Direito Administrativo* 211:241, 1998, p. 259. V. Elimar Szaniawski, Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade, *Revista Trimestral de Direito Civil* 5:51, 2001: “*Por outro prisma, a igualdade se traduz em um princípio de interpretação, ao ordenar ao magistrado que, no momento de aplicar a lei, não crie privilégios de espécie alguma para ninguém*”.

<sup>14</sup> Ana Paula de Barcellos, O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo, *Revista Forense* 356:3, 2001, p. 10. No mesmo sentido, v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 76: “*A concepção de que o princípio da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador avulta a importância da igualdade jurisdicional. Pois, se o princípio se dirigisse apenas ao aplicador da lei, bastaria a este respeitar o princípio da legalidade, e o da igualdade estaria também salvo. No sentido da concepção exposta (...), o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa inconstitucionalidade da lei (...)*”.

V. também Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada*, 2003, p. 181; Maren Guimarães Taborda, O princípio da igualdade em perspectiva histórica: Conteúdo, alcance e direções, *Revista de Direito Administrativo* 211:241, 1998, p. 260: “*O mandato da igualdade só vincula concretamente o legislador se a fórmula ‘há que se tratar igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais’ é interpretada como uma exigência de conteúdo, ou um mandato de igualdade material, obrigando o legislador à criação de um direito igual para todos*”. José Souto Maior Borges, Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988, *Revista de Direito Público* 93:34, 1990, p. 35: “*Já aí se manifesta o caráter substancial desse direito. Não se trata de mera igualdade forma diante da lei, mas de igualdade substancial no interior da própria legalidade. Esta é a morada da isonomia*”.

A jurisprudência do STF já se consolidou no sentido da necessidade de igualdade na lei. V., sobre isso, STF, *DJU* 14.dez.2001, ADI 1975 MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, *DJU* 19.abr.1991, MI 58/DF, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello: “*O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é (...) suscetível de regulamentação ou de complementação*”.



72. Desse modo, alçou-se o princípio da isonomia a posição tal que vincula a todos: juiz, legislador e administrador. Como intuitivo, esse princípio pressupõe a existência de duas situações distintas que possam ser comparadas, e pode ser visto tanto como uma exigência de tratamento igualitário a situações idênticas, quanto como uma proibição de tratamento discriminatório<sup>16</sup>. No direito positivo brasileiro, o art. 37, *caput*, da Constituição consagra o princípio da impessoalidade, projeção do princípio da isonomia no direito administrativo.

73. Assim, para que se possa cogitar em violação ao princípio da isonomia na presente hipótese, é preciso, em primeiro lugar, aferir se há igualdade entre os casos apontados pela Requerente e os fatos subjacentes à presente demanda. Ocorre, porém, que a Silver Marlin não forneceu elementos que pudessem demonstrar a equivalência entre a sua situação e as que aponta como parâmetro. De fato, em diversos momentos de suas manifestações a Silver Marlin pretende equiparar seu caso a outros que em nada se relacionam.

74. Ilustrativamente, registre-se que a Requerente invoca as conclusões de parecer do prof. Alexandre Aragão que tratava de hipótese absolutamente diversa. No caso objeto daquele estudo, discutia-se a natureza extraordinária do furacão *Katrina* e de greve na alfândega brasileira. É fácil perceber que as hipóteses em nada se assemelham à discussão da presente arbitragem. Esse é o mesmo caso da referência ao parecer do prof.

---

*normativa. Esse princípio (...) deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (...), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade”.*

<sup>15</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1998, p. 389.

<sup>16</sup> Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 44-5.

Luis Roberto Barroso, que também não enfrenta situação correspondente ao caso da Requerente<sup>17</sup>.

75. Nessa mesma linha, procede a alegação da ANP de que não é possível equiparar a situação da Silver Marlin com outros pedidos deferidos. Primeiramente, porque a Requerente não forneceu elementos que permitissem ao Tribunal verificar qualquer similitude entre as hipóteses – há apenas referência genérica a documento que comprovaria o deferimento de prorrogações em casos análogos. Não bastasse isso, os poucos elementos disponíveis conduzem a conclusão diversa daquela pretendida pela Silver Marlin: a exploração dos blocos arrematados por ela não demanda investimentos vultosos ou tecnologia inovadora, quando comparada a outros empreendimentos na indústria do petróleo. O fato de, durante determinado período, a Silver Marlin haver executado sua perfuração com sonda destinada a construir poços de água (fl. 6 da Réplica) ilustra sua situação: em que pese a viabilidade técnica do projeto, a Requerente não foi diligente para bem conduzir sua obrigação.

76. Quanto ao ponto, vale registrar que a qualificação técnica exigida pelo edital da 7ª rodada de licitações para os blocos arrematados era a menor possível – “C”. Além disso, os blocos estão localizados em bacias maduras, o que significa que havia quantidade significativa de informações geológicas à disposição da Silver Marlin. O laudo pericial resume da seguinte maneira o grau de dificuldade de perfuração dos blocos arrematados pela Requerente:

*“Os cenários de perfuração de poços nos blocos REC-T-59 e SEAL-T-467 é de perfuração em Bacias Maduras de poços com*

---

<sup>17</sup> O parecer visava responder às seguintes questões: (i) qual o alcance da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (que entendera inválida a possibilidade de prorrogação introduzida por aditivos contratuais anteriormente firmados pela ANP) em relação a novos pedidos de prorrogação; e (ii) quais os limites do poder discricionário da Administração Pública na hipótese e a posição jurídica em que estão investidas a Petrobrás e as consulentes relativamente à prorrogação da concessão do bloco (visto que o consórcio formado pelas consulentes requereu à ANP prorrogação do contrato por mais dois anos e, na mesma data, por cautela e em eventualidade, apresentou pedido de extensão do mesmo por seis meses relativamente a uma área do bloco. O pedido de extensão foi deferido mas o de prorrogação não, sob o fundamento de que teria sido prejudicado pelo outro, visto que os pedidos seriam excludentes).

*profundidades de baixa para média (2.100 metros e 1.520 metros para os poços I-SMAR-4-BA e I.SMAR-5-SE, respectivamente). Relatos disponíveis na literatura revelam que estes poços podem ser, e são, perfurados em menos de dois meses” (fl. 55 do Laudo Pericial).*

77.

Por fim, é igualmente improcedente o argumento de que, ao proferir decisões supostamente contrárias aos pareceres de seus órgãos técnicos, a Diretoria da ANP teria agido ilicitamente. O argumento é evidentemente improcedente, pois, como se sabe, os pareceres, salvo disposição em contrário, não vinculam a Administração Pública. É dizer: como regra geral, possuem caráter opinativo. Confira-se:

*“Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.*

*O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.*

*Parecer normativo: é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo.*

*Parecer técnico: é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.”<sup>18</sup>*

<sup>18</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1993, p. 176-7.

*"O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.*

*O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão.*

*O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão."*<sup>19</sup>

78. Segue este mesmo entendimento o Supremo Tribunal Federal, conforme decisão em Mandado de Segurança:

*"O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução ex officio da lei. Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou:*

*'Pareceres - Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.'* (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 26ª ed., Malheiros Ed., pág. 185)'

*Celso Antônio Bandeira de Mello não obstante classificar os pareceres como atos administrativos de administração consultiva,*

<sup>19</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 2002, p. 221. A mesma autora, em artigo de 2008 (Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*, vol. 24, nº 1. São Paulo: NDJ, p. 6, 2008): "(...) Dizer que a autoridade pede um parecer e é obrigada a curvar-se àquele parecer, eu confesso que não conheço exemplos aqui no Direito brasileiro."

*deixa expresso, entretanto, que visam eles 'a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa' (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., 2001, pág. 377). É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão 'informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.'"<sup>20</sup>*

79. Concluindo o ponto, o Tribunal considera que não houve qualquer violação ao princípio da isonomia. A Diretoria da ANP não estava vinculada às conclusões de seus órgãos técnicos, os blocos arrematados pela Silver Marlin e a situação própria da Requerente não eram equivalentes a de outras concessionárias e nenhum elemento concreto de similitude capaz de infirmar essa premissa foi apresentado.

### III – DA ALEGAÇÃO DE PERDA DE UMA CHANCE

80. A alegação da Requerente relativa à *perda de uma chance* também não deve ser acolhida. O fracasso na perfuração dos poços de petróleo é imputável exclusivamente à Requerente, estando, portanto, no âmbito do risco por ela assumido. Como se viu, o real motivo da falha do empreendimento foi a má gestão da empresa e de suas atividades. A Silver Marlin não logrou êxito em, hábil e tempestivamente, providenciar as licenças ambientais, as sondas e os recursos financeiros necessários para a adequada exploração dos blocos que lhe foram concedidos.

81. Adicionalmente, e como se vem de ver, a Agência Nacional do Petróleo não praticou nenhum ato ilícito ao longo da vigência do contrato de concessão. As prorrogações contratuais concedidas foram razoáveis e compatíveis com as alegações formuladas pela Requerente. Note-se, aliás, que a última prorrogação foi concedida de modo atípico – porque solicitada após a extinção formal do contrato –, e mesmo assim a

---

<sup>20</sup> STF, MS 24.073-3/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31.10.2003.



Silver Marlin não conseguiu concluir o Programa Exploratório Mínimo. Não havendo, pois, ilícito praticado pela Requerida, não se poderia falar em perda de uma chance.

82. Faltam, então, os dois requisitos necessários à configuração da perda de uma chance: não havia chance séria de êxito, tampouco houve ilícito praticado pela Requerida. Sobre o ponto, confira-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

*“3. A pretensão não encontra amparo na ‘teoria da perda de uma chance’ (perte d’une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: ‘se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada’ (Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92).”<sup>21</sup>*

83. Em negócios de tão alto risco, não é possível se cogitar da perda de uma chance, notadamente quando não há ilícito por parte da Requerida. Como observado pela doutrina, a jurisprudência do STJ tem se destacado *“justamente por evitar os excessos na aplicação da teoria, evitando abrir as portas do Judiciário à indenização de sonhos remotos ou esperanças longínquas. A corte superior tem atuado de forma extremamente criteriosa, procurando aferir, com rigorosa precisão, a perda de uma chance séria e real de obter vantagem ou evitar prejuízo. E não tem hesitado em negar aplicação à teoria diante da falta de identificação dos seus pressupostos no caso concreto”<sup>22</sup>.*

84. Infere-se, portanto, que os riscos relativos à exploração são suportados pela concessionária. Por essa razão, a mesma não teria direito a reembolso ou perdas e danos<sup>23</sup>. Assim como com os lucros cessantes, indenizados pela estimativa do que

<sup>21</sup> STJ, DJ 25.mar.2011, AgRg no REsp 122091/RS, Rel. Min. Castro Meira.

<sup>22</sup> Anderson Schreiber, A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Comentários ao acórdão no Resp 1.104.665/RS (rel. Min. Massami Uyeda, DJe 04.08.2009). In: Ana Frazão e Gustavo Tepedino (coord.), O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado, 2011, p. 90.

<sup>23</sup> V. TRF – 2ª Região, DJ 22.jun.2009, Apelação Cível 200751010207288, Rel. Des. Fed. Salete Maccalóz: “A Lei n. 9.478/97, denominada Lei do Petróleo, nos arts. 23 e ss, determina que os contratos de concessão, precedidos de licitação, deverão prever duas fases, a de exploração e a



se receberia caso o evento danoso não houvesse ocorrido, a perda de chance só é indenizável quando a situação reputar-se mais próxima do acontecimento do que longe do mesmo. Sendo remota a probabilidade, inclui-se na média dos lucros cessantes, que ponderam o máximo e o mínimo que a vítima ganharia<sup>24</sup>.

#### IV – POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO SEGURO-GARANTIA

85. Concluindo-se pela responsabilidade da Silver Marlin pela inexecução dos contratos, é necessário aferir a possibilidade de execução do seguro garantia pela ANP. Em síntese, a controvérsia consiste em determinar se o seguro em

---

de produção, englobando aquela as atividades de avaliação de eventual descoberta de petróleo ou gás natural, para determinação de sua comercialidade, e esta as atividades de desenvolvimento, sendo todas por conta e risco do concessionário (art. 26, caput). No art. 43, da referida norma legal, está expressamente disposto que o contrato de concessão terá, como cláusula essencial, dentre outras, 'o prazo de duração da fase de exploração e as condições para sua prorrogação' (art. 43, inciso II)" (grifos acrescentados).

<sup>24</sup> V. Guilherme Couto de Castro, *Direito Civil – Lições*, 2011, p. 194-6: "Lucros cessantes compreendem os valores e benefícios que o lesado deixou de perceber. (...) abarca o que estava mais próximo da ocorrência e da inoccorrência, tendo em vista os padrões normais do momento no qual aconteceu o episódio lesivo. Toda a interpretação é voltada para colocar o lesado na exata posição na qual estaria, caso não houvesse ocorrido o evento. (...) É rotineiro que o lesado, em virtude do evento que o prejudicou, perca várias chances (...). No entanto, esses danos são remotos (...). O lesado fará jus, então, à média do que uma pessoa, com semelhante potencial e em similar posição ganharia se o evento danoso não tivesse ocorrido. Em tais casos, indenizá-lo sob a mera alegação de perda de uma chance, sem a ponderação medial, é matematicamente incorreto. Em regra, não se indeniza o que teria menos probabilidade de ocorrer do que de não ocorrer, sem que feita a ponderação média" (negrito acrescentado). No mesmo sentido: José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 2006, p. 978: "Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto". E Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 2003, p. 91 e ss: "(...) se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante. Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. (...) O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito." (negrito acrescentado). O mesmo autor destaca, ainda, em comentários ao artigo 403 do Código Civil, que: "A expressão – efeito direto e imediato – está, aí, a indicar uma relação de causalidade direta e imediata; que o lucro frustrado há de ser consequência necessária da conduta do agente, não bastando que o ato ilícito se erija em causa indireta ou remota do dano".

questão garante apenas os prejuízos efetivos oriundos da inexecução dos contratos ou se tem como objetivo assegurar o cumprimento da obrigação. Concluindo-se pela procedência da primeira tese, seria necessário que a ANP comprovasse os prejuízos efetivamente sofridos e os seguros poderiam ser acionados apenas no limite dos danos suportados.

86. Os argumentos da Requerente quanto ao ponto são relevantes e demandam análise mais detida. A doutrina brasileira relativa ao seguro garantia, além de escassa, é pouco específica, ora tratando-o como um *performance bond*, ora como uma garantia de recuperação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual<sup>25</sup>. Desse modo, o recurso à doutrina para aferir a possibilidade de execução integral e imediata do seguro garantia e a possível mitigação de seu valor, levando-se em conta a parcela da obrigação que a Requerente teria adimplido, não oferece resposta segura.

87. O mesmo ocorre no tocante a decisões judiciais na matéria. Inconclusiva, a jurisprudência sobre o tema também vacila entre a aplicação das soluções antagônicas propostas pela Requerente e pela Requerida<sup>26</sup>. A prática corrente do mercado de seguros – setor relevante para a questão – também oferece resposta dúbia: as referências de seguradoras ao seguro garantia ora adotam uma solução, ora outra, e mesmo na SUSEP, que traz regulamentação específica do instituto (Anexo I da Circular SUSEP nº 232/2003), verifica-se contradição entre a apresentação do objeto do contrato e sua definição, de um lado, e a definição do que é sua indenização, de outro. Essa apresentação contraditória

---

<sup>25</sup> Diferentes perspectivas sobre o tema podem ser encontradas em Marcos Juruena Villela Souto, *Licitações & Contratos Administrativos*, 1998; Jessé Torres Pereira Junior, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 1997; Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2002; Renato Macedo Buranello, *Do Contrato de Seguro*, 2006; Fábio Konder Comparato, *Seguro de Garantia de Obrigações Contratuais*. In: *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, 1981; Eliane Pereira Rodrigues Poveda, *Seguro Garantia como instrumento econômico para a sustentabilidade na mineração*, *Revista de Direito Ambiental* 65, 2012; Francisco Artigas Celis, *Dos Seguros de Crédito e Garantia no Direito Comparado Latino-Americano*. In: *II Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho"*.

<sup>26</sup> Vejam-se os seguintes precedentes: STJ, *DJe* 01 fev. 2012, REsp 1.224.195/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; STJ, *DJe* 22 fev. 2013, CC 123.123/SP, Rel. Min. Raul Araújo; STJ, *DJ* 19 dez. 2003, REsp 476.450/RJ, Rel. Min. Luiz Fux; TJRJ, AgRg no AI nº 27.382/2007, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho; TJRJ, AC nº 0062073-93.2006.8.19.0001, Rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho; TJSP, Apel nº 1.034.111-4, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes; TJSP, Apel nº 9.155.421-54.2005.8.26.0000, Rel. Des. Maria Laura de Assis Moura Tavares; TJSP, Apel. nº 994.05.042700-8, Rel. Pres. Grava Brazil; TJSP, AC nº 776.596.5/0-00, Rel. Des. Soares Lima.

mostra-se significativa no sentido de concluir-se que tais fontes não se prestam à solução da controvérsia.

88. Cabe anotar, entretanto, que a pesquisa no site da seguradora contratada pela Requerente fornece indício mais concreto no sentido de que o seguro garantia para concessões públicas aproxima-se de um *performance bond*<sup>27</sup>.

89. Como nem a doutrina, nem jurisprudência, nem as práticas do mercado oferecem parâmetros seguros, a intenção das partes – *i.e.*, aquilo que pode ser inferido a partir da leitura dos editais e respectivos contratos de concessão – torna-se ainda mais relevante para resolver o litígio do que de costume.

90. São duas as principais questões a serem respondidas, então: (i) há certeza, a partir do contrato de concessão, a respeito da natureza do seguro-garantia?; e, em caso negativo, (ii) qual natureza do seguro-garantia prevaleceria, tal como indicado na no contrato de concessão, ou conforme a definição de “seguro garantia” estabelecida na apólice do seguro?

91. O primeiro questionamento parece ter resposta negativa. O contrato não fornece solução definitiva, apenas indícios que apontam, em sua maioria, para a natureza compensatória da garantia. Passando ao segundo questionamento, o Tribunal considera que, havendo contradição insolúvel entre o que prevê o contrato e o que traz a apólice de seguro ao definir o seguro garantia, prevaleceria o modelo definido a partir da linguagem e das expectativas construídas partindo-se da concessão pública.

92. O mais prudente, então, seria harmonizar a linguagem da apólice aos objetivos do contrato de concessão, visto ser um contrato acessório funcionalmente vinculado ao contrato de concessão petrolífera. Embora, como dito anteriormente, a linguagem contratual não possibilite, sozinha, solucionar a controvérsia, a resposta pode ser

---

<sup>27</sup> Produtos. Seguro garantia. Garantia corporativa. Disponível em: <<http://www.cescebrasil.com.br/web/pt/Produtos/Garantia-Corporativa.aspx>>. Acesso em 11.jul.2013.

obtida em outro documento, o qual não poderia ser deixado de lado: o Edital de licitação da ANP para a outorga dos contratos de concessão relativo à 7ª rodada, mais especificamente sua parte B, que contém um modelo de seguro garantia para a proposta. O anexo IV de tal modelo (“Complemento das Condições Gerais”) traz a seguinte disposição ao tratar da indenização:

**“7. Indenização**

**7.1. Caracterizado o sinistro, a seguradora indenizará o segurado, pagando o valor descrito nesta apólice, consideradas as reduções previstas no item 3.4, uma vez que o prejuízo decorrente da inadimplência do tomador, para efeito deste seguro, é o valor garantido por esta apólice.”** (negrito acrescentado)

93. Tal redação não deixa dúvidas: o prejuízo encontra-se pré-liquidado. Sendo assim, e não havendo evento que exima a Requerente de sua responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações contratuais, como decidido pelo Tribunal, o seguro garantia pode ser executado pela Requerida.

94. Pela leitura da cláusula 15.8 do contrato de concessão, entende-se que o seguro-garantia seria uma compensação pelo descumprimento. Na apólice, por sua vez, parece se tratar de indenização pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento (tanto é que o prejuízo poderia ser até maior do que o valor garantido no seguro).

*“O futuro explorador/produtor deverá apresentar Garantia Financeira e de Performance, conforme cláusula contratual específica. Essas garantias visam trazer tranquilidade ao Poder Público no caso de inadimplemento das obrigações assumidas, tendo em vista o relevante interesse público envolvido.”<sup>28</sup>*

---

<sup>28</sup> Maria d'Assunção Costa Menezello, *Comentários à Lei do Petróleo*, 2000, p. 129.

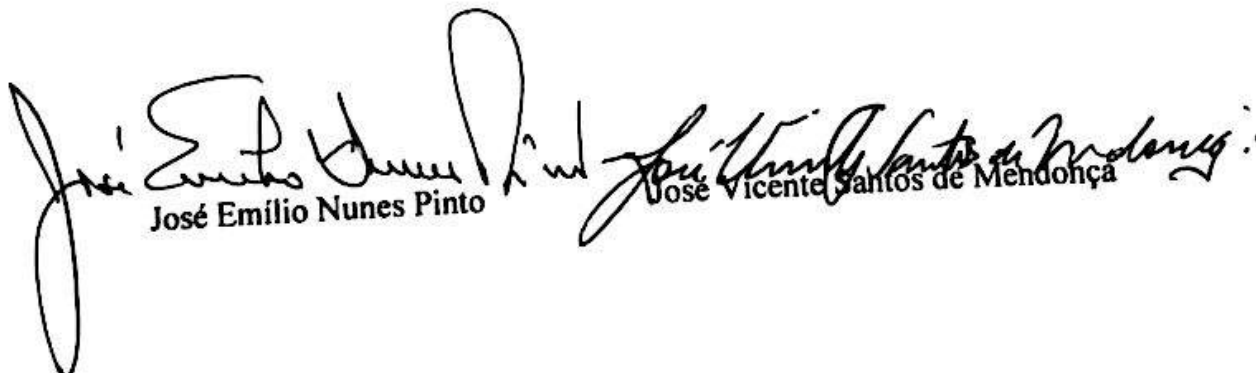
**DISPOSITIVO**

95. Por todo o exposto, o Tribunal julga *improcedentes* todos os pedidos formulados pela Silver Marlin. A Silver Marlin é condenada ao reembolso à ANP dos valores efetivamente desembolsados pela Requerida relativos aos honorários dos árbitros.

Rio de Janeiro, 07 de agosto de 2014.



Carmen Tiburcio



José Emilio Nunes Pinto José Vicente Santos de Mendonça



Rio de Janeiro, 03 de junho de 2015

**AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E  
BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP)**

Av. Rio Branco, nº 65 – 22º andar  
20090-004 – Centro  
Rio de Janeiro, RJ

A/C: Dr. Tiago do Monte Macedo  
Dr. Daniel Almeida de Oliveira  
Dr. Antonio José Pelágio Lobo e Campos  
Dr. Artur Watt Neto

**PROCEDIMENTO ARBITRAL 09/2010**

**REQUERENTE: SILVER MARLIN EXPLORAÇÃO DE  
PETRÓLEO E GÁS LTDA**

**REQUERIDA: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS  
NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP)**

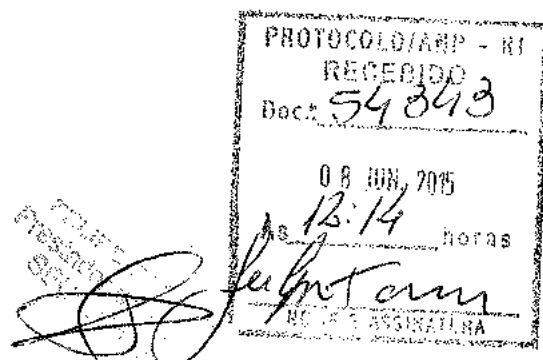
Prezados Senhores,

De ordem do Diretor Executivo da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, Dr. Julian Chacel, encaminhamos, em anexo, uma via da Decisão do Tribunal Arbitral em Resposta aos Embargos de Declaração Apresentados pela Requerente, protocolada na Secretaria da Câmara FGV em 02/06/2015, às 15h52min.

Atenciosamente,



Vania Moreira Paladini  
Secretária da Câmara FGV



**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**  
Praia de Botafogo, 190 - 15º andar  
22250-900 - Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
Tels.: (55 21) 3799 5526 / 5405  
Fax: (55 21) 3799 5511  
camara@fgv.br  
fgv.br/camara

CÂMARA FGV DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

FGV 09/2010



Câmara FGV  
de Conciliação e Arbitragem  
PROCESSO

Nº 09/2010  
04/06/2015

15:52h ofício A.

REQUERENTE:

SILVER MARLIN EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS LTDA

CNPJ/MF 07.513.230/0001-01

Avenida das Américas, nº 8.445, 10º andar – sala 1017, Barra da Tijuca, CEP 22.793-081

Rio de Janeiro, RJ, Brasil

REQUERIDA:

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP

CNPJ/MF 023136730002-08

Rio Branco, nº 65, 12º ao 22º andar, Centro, CEP 20.090.004

Rio de Janeiro, RJ, Brasil

RELATÓRIO

Em 11 de maio de 2015, a Silver Marlin, requerente no procedimento arbitral 09/2010, opôs, tempestivamente, com fundamento no art. 53 do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, embargos de declaração à sentença proferida por este Tribunal, que julgou integralmente improcedentes os pedidos formulados pela embargante. Em síntese, a requerente afirmou haver duas omissões e uma obscuridade na decisão. De forma específica, a Silver Marlin sustenta que *i)* a sentença deixou de apreciar a violação da cláusula *well in progress* (fls. 2-4), e esta **a primeira omissão**; e *ii)* o relatório da sentença descreveu de maneira equivocada os pedidos formulados pela requerente, incorrendo na **segunda omissão** e também em **obscuridade**.

A OP nº 40 concedeu prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, a ANP se manifestasse sobre os embargos de declaração. A requerida apresentou tempestivamente manifestação afirmando que não há, na sentença, qualquer omissão ou obscuridade, afirmando, ainda, que o Tribunal não está obrigado a se manifestar detidamente sobre todas as alegações da requerente, quanto menos quando os embargos veiculam mero inconformismo com a sentença proferida. Pelos

motivos que se passa a expor, nenhum dos argumentos da embargante é procedente, de modo que **o Tribunal mantém integralmente a sentença proferida.**

## **FUNDAMENTAÇÃO**

A inexistência das omissões e obscuridades vislumbradas pela Silver Marlin pode ser comprovada através da indicação específica dos itens da sentença que cuidam dos pontos tidos como omissos ou obscuros. Primeiramente, em relação à omissão suscitada quanto à tese de violação da cláusula *well in progress*, percebe-se que a sentença expressamente consignou que as prorrogações deferidas pela ANP foram bem concedidas, não havendo que se falar na aplicação da cláusula *well in progress*:

*“As prorrogações contratuais concedidas foram razoáveis e compatíveis com as alegações formuladas pela Requerente.” (fl. 31, § 81)*

Ainda que não houvesse tal referência, a verdade é que a sentença expressamente reconheceu que:

*“O fracasso na perfuração dos poços de petróleo é imputável exclusivamente à Requerente, estando, portanto, no âmbito do risco por ela assumido. Como se viu, o real motivo da falha do empreendimento foi a má gestão da empresa e de suas atividades. A Silver Marlin não logrou êxito em, hábil e tempestivamente, providenciar as licenças ambientais, as sondas e os recursos financeiros necessários para a adequada exploração dos blocos que lhe foram concedidos”. (fl. 31, § 80)*

Diante de tal conclusão, é fora de dúvida que a cláusula *well in progress* não é aplicável.

*Em segundo lugar*, quanto à segunda omissão e à obscuridade alegadas, é bem de ver que o pedido da Silver Marlin de limitação do valor a ser executado foi expressamente considerado pedido alternativo em relação ao pedido de declaração de inexistência de descumprimento contratual a ela imputável. O ponto foi assim resumido na sentença:

*“Concluindo-se pela responsabilidade da Silver Marlin pela inexecução dos contratos, é necessário aferir a possibilidade de execução do seguro garantia pela ANP. Em síntese, a controvérsia consiste em determinar se o seguro em*

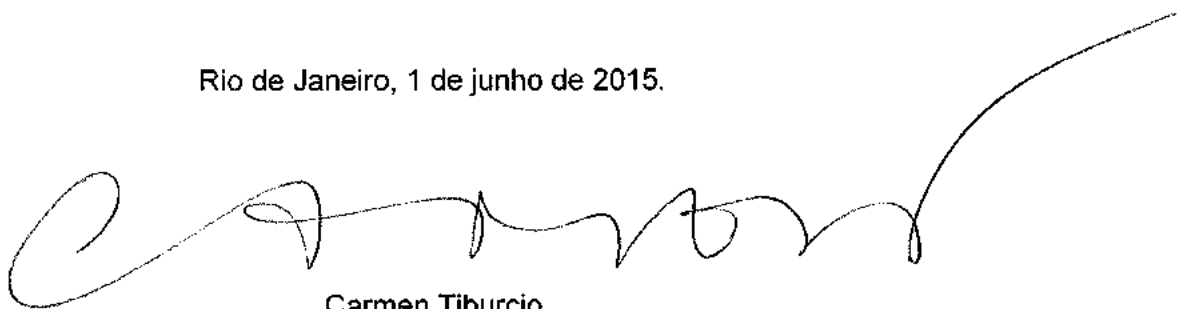
*questão garante apenas os prejuízos efetivos oriundos da inexecução dos contratos ou se tem como objetivo assegurar o cumprimento da obrigação.”.*  
(fls. 33-4, § 85)

De fato, o item (IV) da sentença dedicou-se a analisar a possibilidade de execução parcial do seguro-garantia, tendo em vista ter-se julgado improcedentes todos os pedidos anteriores. A conclusão apurada quanto ao ponto foi a de que o *performance bond* correspondia à pré-liquidação do prejuízo da ANP por eventual descumprimento contratual, de modo que sua execução integral pela requerida é lícita (§ 93, p. 36). Não há na decisão, pois, qualquer omissão ou obscuridade quanto ao ponto, notadamente porque a análise deste pedido alternativo seria rigorosamente a mesma qualquer que tenha sido o pedido a ele anterior, já que a tese jurídica que veicula independe dos pontos anteriores.

**DISPOSITIVO**

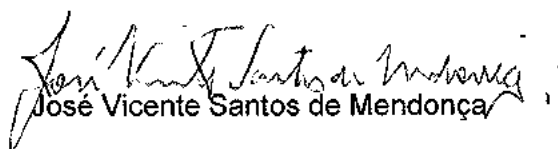
Por todo o exposto, o Tribunal julga *improcedentes* os embargos de declaração opostos pela Silver Marlin.

Rio de Janeiro, 1 de junho de 2015.



Carmen Tiburcio

José Emílio Nunes Pinto



José Vicente Santos de Mendonça

## Vania Moreira Paladini

---

**De:** Carmen Tiburcio [ctiburcio@bfm.com.br]  
**Enviado em:** quarta-feira, 3 de junho de 2015 11:11  
**Para:** Camara FGV de Conciliação e Arbitragem  
**Cc:** Felipe Gomes Albuquerque; jv.sm@terra.com.br; Jose Emilio Nunes Pinto  
**Assunto:** FGV - 09/2010 - Resposta aos Embargos de Declaração da Silver Marlin  
**Prioridade:** Alta

À Câmara de Arbitragem da FGV,  
Encaminho para divulgação às partes a decisão do Tribunal Arbitral em resposta aos Embargos de Declaração apresentados pela Silver Marlin, no procedimento FGV 09/2010. Certifico que a referida decisão foi tomada por unanimidade, tendo o coárbitro José Emilio Nunes Pinto deixado de assiná-la por estar fora do país, o que pode ser constatado pelo email abaixo.

Cordialmente,  
Carmen Tiburcio

---

**De:** Jose Emilio Nunes Pinto  
**Enviada em:** sexta-feira, 29 de maio de 2015 04:22  
**Para:** Carmen Tiburcio  
**Cc:** Jose Vicente  
**Assunto:** FGV - 09/2010 - Resposta ao Pedido de Esclarecimentos da Requerente  
**Prioridade:** Alta

Sra. Presidente:

Pelo presente, levo ao conhecimento de V.Sa. que estou de pleno acordo com o texto da Resposta ao Pedido de Esclarecimentos apresentado pela Requerente no contexto deste procedimento arbitral e que o mesmo reflete fielmente o que foi objeto de nossas deliberações.

No entanto, como é de conhecimento de V.Sa., encontro-me no exterior, somente voltando ao Brasil no dia 3 de junho. Dessa forma, solicito a V.Sa. que, com fundamento no artigo 26, parágrafo único da Lei de Arbitragem, certifique que deixo de assinar a aludida Resposta por estar impedido de o fazer em razão de me encontrar, neste momento, fora do País.

Cordialmente,  
José Emilio Nunes Pinto  
Coárbitro