

**ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO: A UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM CONTRATOS ENVOLVENDO O ESTADO**

**ARBITRATION IN OIL INDUSTRY CONTRACTS: THE USE OF AN “ARBITRATION CLAUSE” IN CONTRACTS INVOLVING THE STATE**

Samira Scoton<sup>1</sup>

**RESUMO**

Este trabalho versa sobre uma das principais práticas contratuais da indústria do petróleo: o uso do instituto da arbitragem como forma de resolução de conflitos. Essa forma alternativa de resolução de conflitos mostra-se uma prática internacional muito comum e vem crescendo também no Brasil. Será apresentado um breve panorama sobre a arbitragem e também será discutida a possibilidade de se utilizar esse instituto em controvérsias entre o Estado e o ente privado. Além disso, discutir-se-á como a jurisprudência brasileira entende a possibilidade do uso da arbitragem em questões referentes à exploração e produção de petróleo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Petróleo; Arbitragem; Contratos.

**ABSTRACT**

This paper analyzes one of the main contractual practices of the oil and gas industry: the use of arbitration institute as a way of conflict resolution. This alternative way of conflict resolution is a common practice in the international petroleum industry agreements and it's also growing in Brazil. It will be shown an overview about arbitration, as well as its current situation shall be presented. In addition, the possibility of using the arbitration in cases between the State and the private entity. Furthermore, will be discussed cases regarding the use of arbitration in oil's exploration and production issues.

**KEYWORDS:** Oil and Gas Law; Arbitration; Contracts.

**1 INTRODUÇÃO**

Para o melhor entendimento desse artigo, serão brevemente expostos a história e o conceito da arbitragem, bem como a lei a ela aplicável. Por fim, far-se-á a diferenciação entre a arbitragem interna e a internacional, além de suas implicações no sistema jurídico brasileiro.

---

<sup>1</sup> Pós-graduanda em Segurança Internacional e Defesa, Escola Superior de Guerra – ESG, Rio de Janeiro. Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

A arbitragem, desde os primórdios, mostrou-se pautada na autonomia da vontade. A possibilidade de poder escolher, por exemplo, a lei aplicável à controvérsia mostra-se deveras interessante quando as partes do contrato são de países diferentes e, portanto, sistemas jurídicos diferentes. Isso torna a arbitragem mais pautável à indústria petrolífera, visto a sua característica internacional, além do seu alto grau de especialização e valores monetários.

É mister salientar que a arbitragem é utilizada – como forma de solução de conflitos – inclusive nos contratos de concessão<sup>2</sup> brasileiros firmados entre o Estado e os entes privados, o que torna importante a discussão sobre esse instituto.

Uma das características da arbitragem é a praticidade, que se mostra importante para a indústria do petróleo, dentre outros motivos, por tornar o sistema mais célere, mostrando ser acessível à indústria que preza resolver seus litígios de forma rápida e segura, visto que:

“na prática, ele (esse instituto) permite que exista uma vida transnacional e que as relações e situações jurídicas entre os privados não parem de crescer num ambiente minimamente saudável. O instituto faz com que eventuais litígios, nessa esfera, se resolvam em apelo à racionalidade, e não ao uso da força (de fato ou econômica). (...) a utilização da racionalidade não afasta, ainda assim, a evidência de que a arbitragem é, hoje, um instituto permanente e dotado de uma eminente ‘racionalidade prática’.”<sup>3</sup>

As práticas internacionais da indústria do petróleo também são pautadas na autonomia da vontade. Há muitos instrumentos contratuais típicos dessa indústria que acabaram por padronizar suas atividades. Isso se mostra vantajoso visto que o setor do petróleo não é apenas um setor complexo, mas também um setor que demanda altos investimentos.

Pode-se dizer que, em grande parte, as práticas internacionais se devem ao nascimento da indústria nos Estados Unidos, país onde as atividades petrolíferas podem ser desempenhadas pelo ente privado sem intervenção ou monopólio do Estado, diferentemente do que ocorre no Brasil.

Dessa forma, serão percorridos, neste artigo, alguns tópicos relacionados à arbitragem, tais como seu histórico, conceito e lei aplicável, afim de melhor elucidar sua relação com a indústria petrolífera.

---

<sup>2</sup>O marco regulatório brasileiro de exploração e produção de petróleo adota como regime o contrato de concessão. As exceções são as áreas denominadas “áreas de pré-sal” que tem um regime próprio, o contrato de partilha de produção.

<sup>3</sup>DA COSTA, Rui Miguel Pereira Matos. **Arbitragem, acesso à justiça e democracia no espaço transnacional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, pp. 37-38.

## 2 ARBITRAGEM E SUA RELAÇÃO COM A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

Para que se possa entender a relação entre a arbitragem e a indústria do petróleo serão discutidos, neste tópico, o histórico e o conceito de arbitragem, de forma a demonstrar suas conexões com a indústria petrolífera.

### 2.1 Conceito

A arbitragem é um meio de solução de controvérsias alternativo ao processo estatal, fundada na vontade das partes de submeter um conflito à decisão de um árbitro ou de um tribunal arbitral. A decisão desse árbitro ou do tribunal deve ser cumprida pelas partes.

Caso as partes optem pela solução de conflitos por via arbitral, devem inserir no contrato a cláusula compromissória, que consiste na convenção da qual as partes se comprometem a utilizar a arbitragem para solucionar os possíveis conflitos advindos daquela obrigação.

Há duas espécies de arbitragem: a *Ad Hoc* e a institucional. A arbitragem *Ad Hoc* é feita de forma independente, sem o auxílio de uma câmara arbitral – instituição especializada que administraria a arbitragem – ficando as partes responsáveis por estabelecer a forma como será feito o procedimento, garantindo a igualdade entre as partes. As partes também podem compactuar que a arbitragem será feita de acordo com regras já estabelecidas, como, por exemplo, conforme a Lei Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*)<sup>4</sup>.

Na arbitragem institucional as partes podem escolher uma câmara arbitral, com regras procedimentais próprias. As instituições de arbitragem têm seus próprios regulamentos, que seriam “códigos de processo arbitral”, os quais são públicos e as partes podem ou não mencionar esses regulamentos na convenção de arbitragem. A arbitragem institucional é a mais utilizada nos contratos da indústria do petróleo.

Os regulamentos das principais instituições de arbitragem contêm, dentre outras, regras sobre:

---

<sup>4</sup>A Lei Modelo da UNCITRAL pode ser encontrada em <[http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral\\_texts/arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration.html)>.

“(i) formas de notificações e comunicações entre as partes e as partes e o tribunal; (ii) critérios de contagem de prazo; (iii) petição inicial da arbitragem, contestação, reconvenção e demais razões a serem apresentadas pelas partes; (iv) prosseguimento da arbitragem no caso de revelia de uma das partes; (v) constituição do tribunal arbitral, número de árbitros, nomeação e impugnação e substituição de árbitros; (vi) instalação do tribunal, sede idioma da arbitragem, escolha das regras processuais e das regras de direito substantivo; (vii) produção de provas; (viii) audiências; (ix) sentença; (x) custas e honorários dos árbitros.”<sup>5</sup>

Deve-se ressaltar que o regulamento da câmara arbitral, em caso de arbitragem institucional, deve reger o procedimento da arbitragem. No que tange ao mérito, apenas os árbitros estarão aptos a determinar uma lei aplicável (quando não estabelecida na cláusula arbitral pelas partes), não podendo a câmara arbitral interferir nesse quesito, conforme entende Gary Born:<sup>6</sup>

“It is fundamental that arbitral institutions do not themselves arbitrate the merits of the parties’ dispute. This is responsibility of the individuals selected by the parties or institution as arbitrators. In practice, arbitrators are almost never employees of the arbitral institution, but instead are private persons selected by the parties.”<sup>7</sup>

Dentre as vantagens de se utilizar a arbitragem para a solução de conflitos estão: a especialização do árbitro, a celeridade e informalidade do procedimento e, por fim, a mais controversa delas, a confidencialidade<sup>8</sup>. Pode-se dizer, ante ao exposto, que a utilização desse método de resolução de conflitos – não apenas pela indústria petrolífera, mas também por qualquer indústria que se utilize de contratos internacionais – mostra-se muito vantajoso.

## ***2.2 Histórico da Arbitragem***

A arbitragem é uma das formas de resolução de controvérsias mais antigas do mundo. Como forma de resolver os conflitos por outro meio que não o da força, os povos de algumas comunidades passaram a levar seus conflitos a um terceiro e a ele conceder o poder de determinar o direito e a obrigação de cada parte perante aquele conflito. Essa pessoa escolhida

---

<sup>5</sup> LOBO, Carlo Augusto da Silveira. Uma Introdução A Arbitragem Comercial Internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (cord.). **Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e da prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.26.

<sup>6</sup> BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2012.

<sup>7</sup> É fundamental que as câmaras arbitrais não arbitrem o mérito da controvérsia. Isso é responsabilidade dos indivíduos selecionados pelas partes ou instituídos como árbitros. Na prática, árbitros praticamente nunca são empregados da câmara arbitral, mas sim particulares selecionados pelas partes. (Tradução livre)

<sup>8</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 5ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

era um ancião, dotado de sabedoria, experiência e ponderação. Dessa forma, valiam-se da autonomia privada, adotando a lei que entendiam ser mais conveniente e o julgador em que depositavam confiança.

Para a resolução desses conflitos, não se aplicava uma lei específica, e sim os usos e costumes daquele povo. Sendo assim, pode-se dizer que o instituto existe desde antes do surgimento do direito positivo.

Na Idade Média, devido ao desenvolvimento do comércio e de suas práticas, os mercadores criaram usos e costumes que não foram acompanhados pelo ordenamento jurídico da época. Dessa forma, preferiam dirimir seus conflitos utilizando-se de julgadores privados, com vasto conhecimento sobre as práticas comerciais que de fato regiam essas relações. Essas práticas ficaram conhecidas como *lex mercatoria*. No mesmo sentido, a uniformização das práticas internacionais costumeiras da indústria do petróleo acabou por criar uma derivação da *lex mercatoria*, que ficou conhecida como *lex petrolea*<sup>9</sup>.

A autonomia privada na escolha da forma de resolução de conflitos mostrava-se fundamental aos negócios jurídicos. Isso porque o conhecimento prático do comércio não era dominado por todos e o sistema comercial poderia ser desestabilizado caso os conflitos não fossem resolvidos de acordo com os usos e costumes, pois geraria grande insegurança nas tratativas e relações dos mercadores. Atualmente, o mesmo ocorre em relação às práticas da indústria petrolífera, devido a sua grande especialização.

A arbitragem mostra-se muito utilizada e em frequente expansão na esfera nacional (o que se pode perceber com o advento da lei brasileira de arbitragem de 2015) e internacional. Nesse sentido, entendem os autores Alan Redfern e Martin Hunter que<sup>10</sup>: “(the) international arbitration has become the principal method of resolving disputes between States, individuals, and corporations in almost every aspect of international trade, commerce and investment”<sup>11</sup>.

Ante o exposto, conclui-se que a arbitragem surgiu a partir dos usos e costumes, assim como as práticas da indústria petrolífera. Para esse artigo, isso se mostra importante, visto que

---

<sup>9</sup> A *lex Petrolea* foi reconhecida, em diversos laudos arbitrais, como aplicável ao mérito da controvérsia. Podemos dizer, portanto, que tais laudos são importantes fontes de *lex petrolea*. Ademais, deve-se lembrar o caráter transnacional da *lex petrolea*, o que facilita sua aceitação por Estados hospedeiros e empresas do ramo.

<sup>10</sup>BLACKABY, Nigel; PARTASIDES Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. New York: Oxford University Press, 2009, p.1.

<sup>11</sup> (A) arbitragem internacional tornou-se o principal método de resolução de conflitos entre Estados, indivíduos e corporações em quase todos os aspectos do comércio internacional, comércio e investimento. (Tradução livre)

ambas têm uma característica em comum que faz com que a arbitragem esteja se tornando uma prática cada vez mais utilizada pela indústria petrolífera: a autonomia da vontade.

### 3 LEI APLICÁVEL À ARBITRAGEM

Pode-se dizer que a escolha da lei aplicável a uma controvérsia é uma das maiores e mais estratégicas expressões da autonomia privada em um contrato. Deve-se explicitar, no contrato, a fim de evitar controvérsias futuras, a lei aplicável ao mérito e a aplicável ao procedimento da controvérsia e a sede da arbitragem. É possível que cada um tenha uma lei aplicável diferente.

As partes têm liberdade para escolher a lei a ser aplicada pelos árbitros na solução da controvérsia, desde que em comum acordo. Caso não o façam, devem os árbitros fazê-lo. Os árbitros podem se basear nas regras de diferentes instituições, tais como a UNCITRAL, ou as partes podem estabelecer que o procedimento arbitral deve ser regido de acordo com usos e costumes internacionais, princípios gerais do direito ou por equidade. Quanto à equidade, escrevem Jacob Dolinger e Carmen Tibúrcio que:

“todas as convenções e leis que tratam da arbitragem internacional permitem às partes indicar a aplicação da *ex aequo e bono*, ou seja, da equidade. Assim as partes podem inserir na cláusula arbitral que 'os árbitros irão julgar com base no contrato e na justiça, sem aplicar qualquer lei nacional'. Convenções e leis domésticas igualmente preveem que os árbitros devem levar em consideração as regras contidas no contrato, bem como os usos comerciais que lhe sejam aplicáveis”<sup>12</sup>

Quando a lei aplicável é escolhida pelas partes, não é necessário que ela tenha qualquer regra de conexão com o objeto da disputa. Isso demonstra a liberdade das partes em relação à escolha da lei, ou seja, a autonomia da vontade das partes para a escolha da lei aplicável à controvérsia.

Salienta-se que, por ser uma indústria de presença mundial, utiliza-se, em grande parte, de contratos internacionais. Dessa forma, poder escolher as leis que seriam aplicadas a esses contratos mostra-se de suma importância estratégica, visto que a escolha da lei aplicável é importante, dentre outros, no sentido de determinar se uma arbitragem é doméstica ou internacional, questão a ser discutida no item a seguir.

---

<sup>12</sup>DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.76.

#### 4 ARBITRAGEM DOMÉSTICA E INTERNACIONAL

A arbitragem pode ser doméstica ou internacional. A nacionalidade da arbitragem é importante, nas palavras de Julian Lew, pelas seguintes razões:

“1) Determina a lei que regula a arbitragem, que será em princípio, a lei dessa nacionalidade; 2) determina o tribunal estatal que poderá vir a ter jurisdição sobre o processo arbitral, caso uma intervenção se faça necessária; e 3) identifica o procedimento a ser seguido para a execução do laudo arbitral, pois normalmente um laudo proferido internamente é mais facilmente executado do que um proferido alhures.”<sup>13</sup>

Geralmente, cada país adota, em sua própria legislação, os critérios para considerar uma arbitragem como doméstica ou internacional. No Brasil,<sup>14</sup> por exemplo, considera-se como arbitragem doméstica aquela em que o laudo arbitral foi proferido em território nacional. Dessa forma, se a sede da arbitragem está no Brasil, mesmo que as partes sejam estrangeiras, a sentença arbitral será brasileira, não necessitando, por exemplo, ser homologada.

Caso a sentença não tenha sido proferida em território brasileiro, deve ser submetida à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para surtir os seus efeitos no Brasil. Para uma melhor elucidação, utiliza-se o SEC 349/JP<sup>15</sup>, da Corte Especial, cuja relatora foi a Min. Eliana Calmon – com decisão proferida em 21/03/2007 – e que acabou por dar origem ao Informativo de Jurisprudência nº 0314<sup>16</sup> do STJ:

---

<sup>13</sup>LEW, Julian *apud* DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.91

<sup>14</sup>Lei nº 9.307/96 alterada pela lei nº 13.129/15.

<sup>15</sup> Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200500238922.REG.>>. Acesso em: 31/mar/2017.

<sup>16</sup> Informativo de Jurisprudência nº0314/STJ: HOMOLOGAÇÃO. SENTENÇA. CLÁUSULA ARBITRAL ANTERIOR. LEI N. 9.307/1996. Trata-se de contrato firmado no Japão, no ano de 1993, antes da entrada em vigor da Lei n. 9.307/1996, entre duas empresas, uma nacional e outra estrangeira, com cláusula compromissória expressa, elegendo o foro japonês e a Justiça arbitral japonesa para julgar as controvérsias dele decorrentes. Prosseguindo o julgamento, a Corte Especial, por maioria, entendeu que se aplica ao caso o protocolo de Genebra de 1923. O compromisso arbitral representa manifestação de vontade entre as partes e está estritamente vinculado à observância do princípio da boa-fé, que também deve ser observado nos contratos internacionais, sob pena de a empresa nacional vir a ser imputada de desleal por descumprir o que foi pactuado. A empresa nacional compareceu ao tribunal arbitral e produziu defesa, não podendo assim, questionar a sua submissão. Ora, se a requerida, empresa nacional, está submetida ao crivo da Justiça arbitral japonesa, não pode recorrer à Justiça brasileira. Logo a Corte Especial, por maioria, homologou a sentença arbitral estrangeira, pois atendidas as exigências de ordem formal e da absoluta inteligência do julgado, não havendo qualquer reflexo negativo à segurança e à estabilidade das relações de comércio internacional. Precedentes citados do STF: SEC 5.847-EX, DJ 17/12/1999; do STJ: REsp 712.566-RJ, DJ 5/9/2005. SEC 349-EX, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 21/3/2007.

**SEC 349/JP - EMENTA**

SENTENÇA ESTRANGEIRA/JUÍZO ARBITRAL/CONTRATO INTERNACIONAL ASSINADO ANTES DA LEI DE ARBITRAGEM (9.307/96).

1. Contrato celebrado no Japão, entre empresas brasileira e japonesa, com indicação do foro do Japão para dirimir as controvérsias, é contrato internacional.
2. Cláusula arbitral expressamente inserida no contrato internacional, deixando superada a discussão sobre a distinção entre cláusula arbitral e compromisso de júízo arbitral (precedente: REsp 712.566/RJ).
3. As disposições da Lei 9.307/96 têm incidência imediata nos contratos celebrados anteriormente, se neles estiver inserida a cláusula arbitral.
4. Sentença arbitral homologada.  
(grifos nossos)

O caso supracitado tratava de um contrato celebrado no Japão entre uma empresa japonesa e uma brasileira, cuja lei aplicável era a japonesa, sendo, portanto, um contrato internacional. Dessa forma, a arbitragem era internacional sendo passível de homologação do STJ para que pudesse surtir seus efeitos no Brasil.

Deve-se salientar que, no que se refere à homologação de sentença estrangeira, a Convenção Internacional de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais (ratificada pelo Brasil) estabelece que não se pode utilizar de normas que afrontem a ordem pública interna do país em que a sentença deverá ser executada, sob pena de não ser homologada.

As partes têm liberdade para estipular os locais onde os atos da arbitragem ocorrerão, podendo, inclusive, ser diferente do local onde será proferida a sentença. Ao avançar que os atos processuais ocorrerão em diversos locais, caberá aos árbitros – ou ao árbitro instrutor – deslocar-se entre os lugares estabelecidos pelas partes. O local onde a decisão foi proferida deve, obrigatoriamente, constar da sentença arbitral, pois essa é a única forma da arbitragem ser considerada brasileira.

A informalidade do processo arbitral pode ser considerada um dos fatores que o tornam mais célere do que o tradicional processo judicial. Dessa forma, as partes têm a liberdade de escolher o local (os locais) onde ocorrerão os atos processuais, assim como, quando, onde e de que forma querem realizá-los, podendo o local que funcionará como sede da arbitragem ser programado (onde serão ouvidas testemunhas, estará a secretaria e ocorrerão eventuais audiências). Se nada tiver sido disciplinado pelas partes, cabe ao árbitro decidir o local (os locais) onde se desenvolverá a arbitragem.



Deve-se salientar que a escolha do lugar em que serão praticados os atos da arbitragem não interfere na fixação de competência do juiz estatal, que poderá ser acionado em caso de possíveis demandas arbitrais. O ordenamento brasileiro entendeu que o juiz competente para praticar os atos ligados à arbitragem seria o que tivesse conhecido a causa se não tivesse sido escolhida a arbitragem para dirimir aquela controvérsia, ou seja, o foro que teria sido eleito naquele contrato.

## **5 ARBITRAGEM ENVOLVENDO ESTADO E ENTE PRIVADO EM CONTRATOS DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO**

A arbitragem é uma prática comum na indústria do petróleo, conforme já mencionado anteriormente. É utilizada tanto internacionalmente como no Brasil. A cláusula arbitral está presente em contratos como o de Concessão, de Partilha de Produção, de Acordo de Operações Conjuntas e de Cessão de Direitos, os quais são amplamente utilizados pela indústria do petróleo.

O Estado Brasileiro pode ser parte em arbitragem envolvendo qualquer um desses contratos, seja através da Petrobras (que é uma empresa de economia mista) ou por meio da ANP, nos casos dos contratos de concessão e de partilha de produção.

Sendo assim, será discutida, nesse tópico, a participação do Estado em arbitragem, ou seja, uma arbitragem entre o Estado e o ente privado. Para um melhor entendimento desse tópico, será, primeiramente, discutida a questão a nível internacional e, posteriormente, a nível nacional. Para tanto, deve-se ressaltar que:

“A doutrina internacional já classifica as concessões de petrolíferas como concessões *sui generis*, de natureza apenas assemelhada àquela em que ocorre uma efetiva delegação do poder público quanto a serviços a serem prestados, na forma da lei, aos particulares, mediante licitação e contrato.”<sup>17</sup>

As concessões de petróleo refletem vínculos contratuais especiais, sendo “acordos de desenvolvimento econômico”, que contrariam a tipicidade dos contratos em geral. Se de um

---

<sup>17</sup>MELLO, Marcelo de Oliveira. *apud* BUCHEB, José Alberto. **A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 11.

lado há o particular, com interesse de enriquecimento, do outro há o Estado, que tem o interesse de desenvolver a nação, em todos os seus aspectos, inclusive no econômico.<sup>18</sup>

A doutrina nacional pauta-se na discussão da arbitrabilidade do contrato, que pode ser objetiva ou subjetiva. Carmen Tiburcio e Jacob Dolinger escrevem sobre a arbitrabilidade:

“Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de medir que determinadas questões sejam dirimidas pela via de arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros.”<sup>19</sup>

A arbitrabilidade subjetiva consiste em quem pode figurar parte em um processo arbitral e a arbitrabilidade objetiva consiste nas matérias que podem ser apreciadas pelos árbitros. Dessa forma, há opiniões diversas quanto a possibilidade de haver arbitragem envolvendo matéria de petróleo em que o Estado figure como parte.

O argumento utilizado para rejeitar o cabimento de arbitragem na Administração Pública é a afirmação de que não se pode conceber que a administração pública submeta seus litígios à arbitragem pois o interesse público é indisponível e a atuação da administração pública seria voltada ao interesse público. Outro argumento nesse mesmo sentido é de que a cláusula compromissória seria inválida, visto que fere os princípios constitucionais da legalidade e da publicidade.

Ocorre que uma sucessão de mudanças legislativas no direito brasileiro está ocorrendo, em favor da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos entre a administração pública e o particular. Temos, como exemplo, a lei 9.478/1997, conhecida como a lei do petróleo, que estabelece em seu artigo 43, X,<sup>20</sup> a possibilidade de se utilizar a arbitragem no contrato de concessão.

---

<sup>18</sup>BUCHEB, José Alberto. **A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p.11.

<sup>19</sup>DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213-232.

<sup>20</sup>Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

X- as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

Ademais, o artigo 177, §1º, da Constituição Brasileira, estabelece que a União poderá contratar empresas estatais ou privadas para a realização das atividades previstas nesse artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.<sup>21</sup> O artigo 21 da lei do petróleo<sup>22</sup> afirma que os direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural em território nacional pertencem à União e sua administração cabe à ANP. E, assim, nos referimos novamente ao artigo 43, X, da lei do petróleo no que dispõe sobre a possibilidade de se estabelecer a arbitragem internacional nos contratos.

A lei 13.129/2015, conhecida como “nova lei de arbitragem”, implementou o §1º ao artigo 1º da lei 9.307/1996 (lei de arbitragem), o qual dispõe que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se de arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, a arbitragem envolvendo o Poder Público está prevista na própria lei.

Também as decisões do STJ caminham em favor desse meio de solução de conflitos, conforme elucida Carmem Tiburcio:

“(…) algumas controvérsias em torno do tema chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, que considerou, em dois cenários diferentes, não haver óbice à submissão à arbitragem de questões envolvendo sociedades de economia mista ou empresas públicas. Em primeiro lugar, quando se tratar de atividade econômica; ou, e essa a segunda hipótese, no caso de empresa estatal prestadora de serviço público, desde que a controvérsia envolva de direitos patrimoniais, ou seja, que a questão seja de cunho econômico<sup>23</sup>.”

Como exemplo da posição do STJ quanto às sociedades de economia mista, temos o REsp 612.439/RS, proferido em 25/10/05, cujo relator é o Ministro João Otávio de Noronha. Trata-se de um caso entre a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. e a Companhia Estadual De Energia Elétrica CEEE. Sendo assim, diz a decisão:

#### EMENTA

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios

---

<sup>21</sup>Art. 177. § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

<sup>22</sup>Art 21. Todos os direitos de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, pertencem à União, cabendo sua administração à ANP, ressalvadas as competências de outros órgãos e entidades expressamente estabelecidas em lei.

<sup>23</sup>TIBURCIO, Carmen. Arbitragem e Administração Pública. **Valor Econômico**. Disponível em <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/valor-economico-arbitragem-e-administracao-publica>>. Acesso em 07/abr/2017.

passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial parcialmente provido.<sup>24</sup> (grifo nosso)

Ademais, como forma de melhor elucidar o uso da arbitragem envolvendo o Estado e um ente privado (nesse caso, de capital misto) cabe a colocação de um caso mais recente, o CC 139519<sup>25</sup> de 13/04/2015. O caso em pauta trata de um conflito de competência referente a um contrato de concessão firmado entre a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (que representa o Estado) e a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras (empresa de capital misto).

Nesse caso, a Petrobras instaurou arbitragem em face da ANP alegando que a ANP fez mudanças no contrato de concessão<sup>26</sup> referente ao bloco de exploração “BC-60” sem seu consentimento. A ANP entendeu que a controvérsia poderia ser resolvida no Judiciário mesmo havendo cláusula compromissória no contrato, instaurando-se, assim, um conflito de competência. O STJ entendeu que a competência para julgar o caso era do tribunal arbitral, conforme se vê na transcrição de partes da ementa do caso:

#### **EMENTA**

1.Trata-se de Conflito Positivo de Competência tendo como Suscitante a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS e como suscitados o TRIBUNAL ARBITRAL DA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL - CCI, o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2a. REGIÃO e o JUÍZO FEDERAL DA 5a. VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

(...)

9. Em razão do entendimento daquela 8a. Turma, de que é o Judiciário que deve se manifestar tanto sobre a competência, quanto sobre mérito, instaurou-se evidente conflito entre a jurisdição estatal e a arbitral.

(...)

17. (...) a promulgação da Lei 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa. Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da

<sup>24</sup>Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7143033/recurso-especial-resp-612439-rs-2003-0212460-3/inteiro-teor-12856826>>. Acesso em 07/abr/2017.

<sup>25</sup> Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181167305/conflito-de-competencia-cc-139519-rj-2015-0076635-2>>. Acesso em 07/abr/2017.

<sup>26</sup> Relembre-se que, conforme mencionado anteriormente, os contratos de concessão de exploração de petróleo no Brasil contém cláusula arbitral.

Lei de Arbitragem, permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretações conflitantes para os mesmos fatos. (grifo nosso)

(...)

20. Observo que a **cláusula compromissória** que serve de suporte à discussão em apreço, além de ser disposição padrão nos instrumentos que regem a espécie conflituosa em causa, mostra-se antiga, de sorte que a sua alteração súbita e unilateral impacta os termos em que se deve desenvolver a fiscalização das atividades da PETROBRAS, além de repercutir na confiabilidade e na credibilidade que se requer no exercício do mercado de prospecção e lavra de petróleo, demandante, como se sabe, de aportes de investimentos hipervultosos, envolvendo, inclusive, aspectos internacionais altamente protegidos pelo princípio da boa fé.

Brasília (DF), 09 de abril de 2015.  
NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
MINISTRO RELATOR

Temos, portanto, que a cláusula compromissória constante no contrato de concessão prevaleceu em relação à competência do Judiciário para o julgamento da controvérsia, mesmo a controvérsia envolvendo o Estado brasileiro. Nesse sentido, temos que:

“A possibilidade conferida por lei para adoção da arbitragem como forma de solução de conflitos, nesse passo, indica o sentido da evolução do direito administrativo brasileiro como favorável à solução célere e eficaz de conflitos pela via consensual. Isso, aliás, com clara flexibilização do rigor do princípio da indisponibilidade do interesse público na versão da doutrina clássica. Com isso, rompe-se com a visão estreita da relação de verticalidade entre a Administração Pública e os particulares de modo a acolher a existência de relações jurídicas horizontais.”<sup>27</sup>

Portanto, pode-se perceber que o Brasil está caminhando para adotar práticas parecidas com as internacionais no que tange à arbitragem entre Estado e ente privado. Dessa forma, percebe-se que não apenas houve um crescimento da utilização, de maneira geral, da arbitragem nos últimos anos, mas também uma adequação das práticas brasileiras às práticas internacionais, seja através de mudanças em nosso ordenamento jurídico interno ou através de decisões dos nossos tribunais.

---

<sup>27</sup>NOGUEIRA, Erico Ferrari. A Arbitragem e Sua Utilização na Administração Pública. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjG6sHg9jKAhWG9h4KHRAiDlwQFgg\\_MAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F692918&usg=AFQjCNGAlpbUC9kGytuoG9gIebBNyR8EQ&sig2=Ss798opo\\_Av667ltKIIsavQ&bvm=bv.113034660,d.dmo](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjG6sHg9jKAhWG9h4KHRAiDlwQFgg_MAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F692918&usg=AFQjCNGAlpbUC9kGytuoG9gIebBNyR8EQ&sig2=Ss798opo_Av667ltKIIsavQ&bvm=bv.113034660,d.dmo)>. Acesso em 12/abr/2017.

## 6 CONCLUSÃO

Ante o que foi discutido, pode-se dizer que um dos motivos basilares para a utilização da arbitragem em contratos típicos da indústria petrolífera é a autonomia da vontade. Por se tratar de uma indústria muito especializada e que demanda altos investimentos, é necessário que se tenha muito cuidado ao gerir um contrato e lidar com suas possíveis controvérsias.

Nas negociações de petróleo, geralmente, as partes não são do mesmo país. Sendo assim, a utilização da arbitragem em detrimento do foro é algo que pode ser considerado interessante, principalmente para a parte estrangeira, visto que não seria estrategicamente adequado permitir que uma controvérsia fosse julgada pelo foro do país da parte contrária. Ademais, contar com árbitros que podem ter formação em diversas áreas do conhecimento (podendo ser engenheiros, economistas, juristas, dentre outros) e, portanto, mais especializados no mérito da controvérsia, mostra-se muito atraente.

Deve-se mencionar, mais uma vez, a especificidade da indústria do petróleo, o que nos leva a pensar se os argumentos contrários à arbitrabilidade entre a Administração Pública e o ente privado realmente se aplicam. Trata-se de uma indústria que envolve alto custo, tecnologia e especificidade, não sendo possível, muitas vezes, que o Estado arque sozinho com toda essa responsabilidade. Ao mesmo tempo, é uma empresa dinâmica pautada nos usos da *lex petrolea*, dentre eles, o uso da arbitragem como meio de solução de conflitos.

O Brasil se aproxima cada vez mais das práticas internacionais da indústria do petróleo no que tange ao uso da arbitragem. As decisões do STJ sobre a possibilidade de se utilizar a arbitragem em litígios envolvendo empresas de economia mista demonstra esse ponto de vista. Ademais, a nova lei de arbitragem vai na mesma direção ao estabelecer em seu artigo 1º, §1º, a possibilidade de arbitragem envolvendo o Estado e o ente privado.

Por fim, deve-se observar que a indústria petrolífera gera receita ao país, auxiliando no nosso desenvolvimento social e econômico, mostrando-se uma atividade de elevado interesse público, devendo, portanto, o Estado dela participar de alguma forma. E, ao fazer parte do ramo, o Estado acaba por aderir às práticas já consolidadas.

Conclui-se esse trabalho de forma a salientar, mais uma vez, a especificidade da indústria, além de suas práticas já consagradas no meio internacional, das quais a legislação e jurisprudência brasileiras se aproximam cada vez mais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem e Administração Pública: Aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Forum, 2012.

ARAÚJO, Nádia de. Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais - 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. São Paulo: Lex Magister, 2011.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no Direito Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Redfern and Hunter on International Arbitration. New York. Oxford University Press. 2009.

BORN, Gary B. International Arbitration: Law and Practice. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2012.

BRANDÃO, Clarissa. Lex Petrolea. In: Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Vol.2. Set/2006.

BUCHÉB, José Alberto. A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

DA COSTA, Rui Miguel Pereira Matos. Arbitragem, acesso à justiça e democracia no espaço transnacional. Rio de Janeiro, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen. Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HARTLEY, Trevor C. International Commercial Litigation – Text, cases and materials on private international law. Cambridge University Press, 2009.

LOBO, Carlo Augusto da Silveira. Uma Introdução A Arbitragem Comercial Internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (cord.). Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Algumas questões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública no direito brasileiro. In: Revista Trimestral de Direito Civil – v.17 (janeiro/março 2004). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A Arbitragem e Sua Utilização na Administração Pública. Disponível em [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjG6sHgj9jKAhWG9h4KHRAiDlwQFgg\\_MAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F692918&usg=AFQjCNGAlpbUC9kGytuoG9gIebBNyR8EQ&sig2=Ss798opo\\_Av667ltKIsavQ&bvm=bv.113034660,d.dmo](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjG6sHgj9jKAhWG9h4KHRAiDlwQFgg_MAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F692918&usg=AFQjCNGAlpbUC9kGytuoG9gIebBNyR8EQ&sig2=Ss798opo_Av667ltKIsavQ&bvm=bv.113034660,d.dmo). Acesso em 12/abr/2017.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo. 2ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado – Teoria e Prática. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a Administração Pública: REsp nº 606.345/RS. In: Revista de Direito do Estado – nº6 (abril-junho 2007). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e Administração Pública. **Valor Econômico**. Disponível em <http://cbar.org.br/site/blog/noticias/valor-economico-arbitragem-e-administracao-publica>. Acesso em 07/abr/2017.