



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Vinicius Jorge de Medeiros

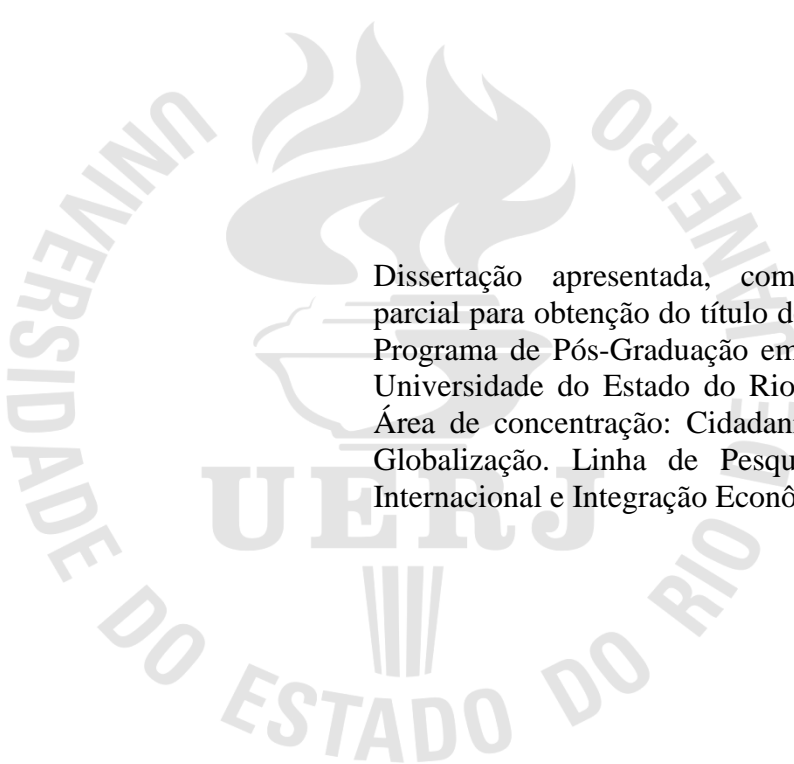
**Densidade jurídica da *lex mercatoria* e suas formas de materialização no direito do petróleo e gás: o princípio da imunidade de jurisdição, o instituto da arbitragem comercial internacional e a formulação da *lex petrolea***

Rio de Janeiro

2010

Vinicius Jorge de Medeiros

**Densidade jurídica da *lex mercatoria* e suas formas de materialização no direito do petróleo e gás: o princípio da imunidade de jurisdição, o instituto da arbitragem comercial internacional e a formulação da *lex petrolea***



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Internacional e Integração Econômica.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M488 Medeiros, Vinícius Jorge de.

Densidade jurídica da lex mercatoria e suas formas de materialização no direito do petróleo e gás: o princípio da imunidade de jurisdição, o instituto da arbitragem comercial internacional e a formulação da lex petrolea / Vinícius Jorge de Medeiros - 2010.

284 f.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional privado - Teses. 2. Arbitragem comercial internacional - Teses. 3. Direito internacional público - Teses. I. Rodrigues, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.63

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Vinicius Jorge de Medeiros

**Densidade jurídica da *lex mercatoria* e suas formas de materialização no direito do petróleo e gás: o princípio da imunidade de jurisdição, o instituto da arbitragem comercial internacional e a formulação da *lex petrolea***

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Internacional e Integração Econômica.

Aprovada em 21 de dezembro de 2010.

Banca Examinadora:

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues  
(Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Marcos Vinicius Torres Pereira

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2010

## AGRADECIMENTOS

À Carmen Tiburcio, por sempre ter demonstrado fé em meu trabalho, por mover-me adiante através de seus elogios e por estar preocupada com a minha caminhada e o meu destino. Sem ela, o Direito Internacional Privado teria pouco sentido na minha vida e seu avanço, pouco sentido para o Brasil. Estar perto da Carmen é ter a certeza de que muito se há que aprender em termos de afeto, sabedoria, cordialidade e humanidade.

À Marilda Rosado e ao Marcos Vinicius, por terem aceitado o convite para participar da banca examinadora.

Ao professor e amigo Valério Mazzuoli, por ter-me ajudado com a coleta da bibliografia, sem a qual esta dissertação provavelmente se tornaria mais insipiente.

À professora Jacqueline Lang Weaver, da Universidade de Houston, por ter gentilmente solicitado à bibliotecária da Faculdade de Direito daquela Universidade, nos idos de 2004, o envio dos casos relativos ao princípio da Imunidade de Jurisdição analisados no presente trabalho.

Ao Paulo Alexandre Souza da Silva, Superintendente de Desenvolvimento e Produção da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, por todo o apoio e compreensão a mim concedidos para que esta obra fosse levada a cabo.

À minha família, por permitir-me ser o que sou hoje.

À acolhida recebida e ao conhecimento da Doutrina Espírita, que me auxiliou sobremaneira no processo de ressignificação da vida na direção aos seus valores efetivamente fundamentais: a paciência, a serenidade, a leveza do espírito e a imortalidade, permitindo-me a chegada até aqui.

A Deus, sobre todas as pessoas e coisas, pela misericordiosa sobreforça e pelo surpreendente ímpeto de que me imbuí para que este trabalho fosse iniciado, desenvolvido e concluído.

Em virtude de os comerciantes que, até então, negociaram suas mercadorias para diversas pessoas, terem ficado muito empobrecidos; em razão de não haver uma lei expedita em seu favor para que recuperem seus créditos na data avençada para o pagamento; pelo fato de muitos negociantes se manterem refratários a trazer suas mercadorias a este Reino; e, pelos danos causados, tanto aos comerciantes, como a todo o Reino: o Rei, por si mesmo, e pelo seu Conselho, ordena e estabelece (...)

Statute of Acton Burnell, 11 Edw. I, de 1283, juntamente com o Statute of Merchants, 13 Edw. I, de 1285, podem ser considerados um dos embriões medievais da *lex mercatoria* na Inglaterra.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Tradução livre de LUDERS, A. (Ed.). *The Statutes of the Realm: printed by command of His Majesty King George the Third, in pursuance of an address of the House of Commons of Great Britain*. London: Record Commission, 11 vols., Vol. I, p. 53-4, 98-100, 1810-1828. From original records and authentic manuscripts. Disponível em: <<http://www.fordham.edu/halsall/source/1283stat-merchants.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

## RESUMO

MEDEIROS, Vinícius Jorge de. **Densidade jurídica da lex mercatoria e suas formas de materialização no direito do petróleo e gás:** o princípio da imunidade de jurisdição, o instituto da arbitragem comercial internacional e a formulação da lex petrolea. 2010. 284 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

A presente dissertação tem por escopo apresentar o tema da *lex mercatoria* sob a ótica de suas fontes e suas formas de materialização jurídica. Nesse sentido, faz-se mister expor e desenvolver o conceito de *lex mercatoria*, considerando: (i) sua perspectiva histórica, fruto das práticas consuetudinárias do comércio internacional; e (ii) a recepção dos princípios gerais do direito e do comércio internacional pela prática de seus agentes, principalmente por meio dos contratos internacionais, instrumentos através dos quais a *lex mercatoria* atinge sua plenitude de aplicação. Tratamos das inter-relações entre a *lex mercatoria* e o Direito Internacional Privado, conceituando as disciplinas Direito do Comércio Internacional e o Direito Transnacional e considerando-a uma ordem jurídica autônoma. No estudo dos contratos internacionais, analisamos os chamados contratos internacionais típicos e suas cláusulas-tipo, assim como a recepção dos princípios da *lex mercatoria* pelo Direito Convencional. Mais à frente, efetuamos uma análise no princípio da imunidade de jurisdição e sua relativização, através da distinção doutrinário-jurisprudencial entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*, no que vai ao encontro das necessidades do comércio internacional. Efetuamos um estudo de caso no setor de petróleo e gás nos Estados Unidos, diferenciando-o da “Doutrina do Ato de Estado”, outra construção da jurisprudência norte-americana. Examinamos o instituto da arbitragem comercial internacional, contemplada nos contratos internacionais através da adoção da cláusula compromissória, bem como sua aplicabilidade nos contratos com o Estado e a sua inter-relação com o princípio da imunidade de jurisdição. Na mesma oportunidade, apresentamos as considerações sobre o instituto na disciplina Direito do Petróleo e Gás e, em decorrência, nossa visão sobre a natureza jurídica do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural brasileiro, bem como uma proposta de alteração da redação da sua cláusula “Regime Jurídico”. Tratamos também da *lex petrolea* e sua relação com a *lex mercatoria*. Em seguida, investigamos os objetos de estudo daquela e do Direito do Petróleo e Gás, incluindo uma análise pormenorizada dos tipos de contratos internacionais com o Estado na indústria do petróleo. Por fim, tratamos das interações necessárias entre *lex petrolea* e o Direito Internacional Público, na esteira de uma necessária ponderação em mão dupla.

Palavras-chave: *Lex mercatória*. Princípios. Direito Internacional Privado. Direito do Comércio Internacional. Direito Transnacional. Ordem Jurídica Autônoma. Contratos Internacionais. Cláusulas-Tipo. Contratos Com O Estado. Princípio Da Imunidade De Jurisdição. *Acta Jure Imperii* (Atos De Império). *Acta Jure Gestionis* (Atos De Gestão). Arbitragem Comercial Internacional. Contrato De Concessão Para Exploração. Desenvolvimento E Produção De Petróleo E Gás Natural. *Lex Petrolea*. Direito Do Petróleo E Gás. Direito Internacional Público.

## ABSTRACT

MEDEIROS, Vinícius Jorge de. **Legal density of lex mercatoria and its forms of materialization in oil and gas law:** the principle of immunity from jurisdiction, the institute of international commercial arbitration and the formulation of *lex petrolea*. 2010. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

The scope of this dissertation is to present *lex mercatoria* from the standpoint of its sources and ways of legal embodiment. Hence, it is essential to expose and develop the concept of *lex mercatoria*, considering: (i) its historical perspective, as the result of customary rules existing in international trade, and (ii) the acceptance of general principles of law and international trade practices by their agents, mainly through existing international instruments by which the *lex mercatoria* reaches out its fullest implementation. We encompass the correlations between *lex mercatoria* and The Conflict of Laws, conceptualizing the disciplines of International Trade Law and Transnational Law and regarding it as an autonomous legal branch. In the study of international contracts, we analyze the international contracts and their typical standard clauses, as well as the wide acceptance of *lex mercatoria* principles by Conventional Law. Furthermore, we have reviewed the principle of State immunity and its relativization, through the distinction between the doctrinal and case-law criterion of classifying State activities as *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*, to the point where it stands for the needs of international trade. Then, we have conducted a case study in the oil and gas sector in the United States, distinguishing that principle from the "Act of State Doctrine," another construction of North-American Case Law. We also examined the institute of international commercial arbitration in international contracts by the adoption of the arbitration clause and its applicability in State contracts, besides its interrelation with the Sovereign immunity principle. In that instance, we have presented some considerations about arbitration in Oil & Gas Law and consequently our view on the legal nature of the concession agreement for exploration, development and production of oil and gas in Brazil, as well as a proposed amendment to the draft clause "Legal Framework". We discuss the creation of *lex petrolea* and its relation to *lex mercatoria*. Thus, we develop the scope of Oil & Gas Law, including a detailed analysis of the types of international State contracts in the oil & gas industry. Finally, we explore the necessary interactions between *lex petrolea* and Public International Law, in the wake of a necessary two-way balance between them.

Key-words: *Lex Mercatoria*. General Principles Of Law. Private International Law. International Trade Law. Transnational Law. Autonomous Legal Branch. International Contracts. Standard Clauses. State Contracts. State Or Sovereign Immunity. *Acta Jure Imperii* (Acts By Right Of Dominion / Governmental Acts). *Acta Jure Gestionis* (Acts By Right Of Management / Commercial Acts). International Commercial Arbitration. Oil & Gas E&P Concession Agreements. *Lex Petrolea*. Oil & Gas Law. Public International Law.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>1 LEX MERCATORIA: FORMAS DE MATERIALIZAÇÃO JURÍDICA</b> .....	17
1.1 <b>Origem Da <i>Lex Mercatoria</i></b> .....	20
1.1.1 <u>Os Usos E Costumes Do Comércio Internacional Na Antiguidade</u> .....	20
1.1.2 <u>Os Usos E Costumes Do Comércio Internacional A Partir Da Idade Média</u> .....	21
1.1.2.1 Usos E Costumes Do Comércio Na Itália .....	22
1.1.2.2 Usos E Costumes Do Comércio Na Inglaterra .....	23
1.1.2.3 Usos E Costumes Do Comércio Na França.....	24
1.1.3 <u><i>Lex Mercatoria</i> Nos Estados Unidos</u> .....	24
1.1.4 <u>Considerações Gerais Sobre Os Usos E Costumes Como Fonte Da <i>Lex Mercatoria</i></u> .....	26
1.1.5 <u>Os Regulamentos Institucionais</u> .....	26
1.2 <b>Princípios “Guarda-Chuva” Da <i>Lex Mercatoria</i></b> .....	27
1.2.1 <u>Autonomia Da Vontade</u> .....	28
1.2.2 <u><i>Professio Iuris</i> Ou <i>Professio Legis</i> Como Definição Da <i>Lex Contractus</i></u> .....	31
1.2.3 <u>Proximidade, “Relação Mais Estreita” Ou “Interesse Sérió”</u> .....	36
1.2.4 <u>Validade (<i>Lex Validitatis</i>), Efetividade (<i>L’effet Utile</i>) Ou <i>Favor Negotii</i></u> .....	37
1.2.5 <u><i>Dépeçage</i> Material ou “<i>Mosaik-Methodé</i>”</u> .....	38
1.2.6 <u>Princípios Do Unidroit</u> .....	40
1.2.7 <u>Incoterms</u> .....	41
1.2.8 <u><i>Pacta Sunt Servanda</i></u> .....	42
1.2.9 <u><i>Rebus Sic Stantibus</i></u> .....	42
1.2.10 <u>Sinalagma</u> .....	43
1.2.11 <u>Boa-Fé</u> .....	43
1.2.12 <u>Relativização Do Princípio Da Imunidade De Jurisdição</u> .....	44
1.2.13 <u>Segurança Jurídica</u> .....	44
1.2.14 <u>Equidade Ou <i>Ex Aequo Et Bono</i></u> .....	45

<b>1.3 Contratos Internacionais: Instrumentos De Materialização Da <i>Lex Mercatoria</i></b>	
<b>Por Excelência</b> .....	46
1.3.1 <u>Modalidades De Contratos Internacionais</u> .....	50
1.3.1.1 Contrato de Compra e Venda Internacional .....	51
1.3.1.2 Contrato de Representação ou Agenciamento Internacional.....	51
1.3.1.3 Contrato de Arrendamento Mercantil ( <i>Leasing</i> ) .....	52
1.3.1.4 Contrato de Faturização ou Faturamento ( <i>Factoring</i> ).....	52
1.3.1.5 Contrato de Franquia ( <i>Franchising</i> ) .....	53
1.3.1.6 Contrato de Transferência de Tecnologia ( <i>Technology Transfer</i> ou <i>Know-How</i> ) .....	53
1.3.1.7 Contrato de Exportação de Serviços.....	54
1.3.1.8 Contrato de <i>Drawback</i> .....	54
1.3.1.9 Contrato de Associação, de Empreendimento Conjunto ou Empreendimento Comum ( <i>Joint-Venture</i> ).....	55
1.3.2 <u>Cláusulas-tipo dos Contratos Internacionais</u> .....	55
1.3.3 <u>Contratos com o Estado</u> .....	56
<b>1.4 Inter-Relações Entre A <i>Lex Mercatoria</i> E O Direito Internacional Privado: Seria Ela Sinônimo De Direito Do Comércio Internacional Ou De Direito Transnacional?</b> .....	59
<b>1.5 Reflexos Da <i>Lex Mercatoria</i> No Direito Internacional Privado Uniformizado Ou Convencional</b> .....	65
1.5.1 <u>Convenções sobre Contratos Internacionais e Instrumentos do Comércio Internacional</u> .....	66
1.5.1.1 Convenções da Haia .....	67
1.5.1.2 Convenções e Leis-Modelo do UNIDROIT .....	68
1.5.1.3 ONU / UNCITRAL .....	69
1.5.2 <u>Princípios Integrantes da <i>Lex Mercatoria</i> Inseridos nas Convenções Internacionais e em Regras Institucionais</u> .....	75
1.5.2.1 Autonomia da Vontade.....	75
1.5.2.2 Proximidade, “Relação Mais Estreita” ou “Interesse Sêrio” .....	85

1.5.2.3 <i>Dépeçage</i> Material ou “ <i>Mosaik-Method</i> ” .....	94
1.5.2.4 Equidade ou <i>Ex Aequo et Bono</i> .....	98
1.5.2.5 Validade (Lex Validitatis), Efetividade (L’effet Utile) ou Favor Negotii.....	100
<b>2 PRINCÍPIO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO</b> .....	<b>103</b>
2.1 <b>Conceituação</b> .....	103
2.2 <b>Razão Histórica E A Evolução Do Conceito</b> .....	104
2.3 <b>Enquadramento Necessário Das Atividades Estatais: A Distinção Doutrinário- Jurisprudencial Entre <i>Acta Jure Imperii</i> E <i>Acta Jure Gestionis</i></b> .....	110
2.4 <b>Critério Da Natureza E Da Finalidade Dos Atos Estatais</b> .....	116
2.5 <b>Renúncia À Imunidade De Jurisdição</b> .....	119
2.6 <b>Imunidade E Os Entes Da Administração Indireta Do Estado</b> .....	123
2.7 <b>Breve Abordagem Legislativa E De Direito Convencional Sobre Imunidade De Jurisdição E A Distinção Entre Atos Comerciais E Não-Comerciais</b> .....	126
2.7.1 <u>Legislação Brasileira</u> .....	127
2.7.1.1 Atividades do Poder Público e Atividades Privadas Realizadas pelo Poder Público.	127
2.7.1.2 Competência e Limitação da Jurisdição .....	128
2.7.2 <u>Direito Convencional sobre Imunidade de Jurisdição e a Distinção entre Atos Comerciais e Não-Comerciais</u> .....	130
2.7.2.1 Código Bustamante (1928).....	130
2.7.2.2 Resoluções do Instituto de Direito Internacional (1891, 1954 e 1991).....	130
2.7.2.3 Convenção Européia sobre Imunidade de Jurisdição (1972) .....	134
2.7.2.4 Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e de Seus Bens (2004) .....	135
<b>3 ESTUDO DE CASO: A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA SOBRE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO NO CAMPO DO PETRÓLEO</b> .....	<b>139</b>
3.1 <b>Análise Introdutória</b> .....	139
3.2 <b>A Doutrina Do Ato De Estado Versus O Princípio Da Imunidade De Jurisdição</b> ....	142
3.3 <b>Casos Concretos Do <i>Case Law</i> Norte-Americano</b> .....	144

3.3.1 <u>Caso International Association of Machinists and Aerospace Workers [IAM] v. Organization of Petroleum Exporting Countries [OPEC] (1981)</u> .....	144
3.3.1.1 Resumo dos Fatos.....	145
3.3.1.2 A Imunidade de Jurisdição e a Doutrina do Ato de Estado.....	146
3.3.1.3 Conclusão .....	147
3.3.2 <u>Caso Atwood Turnkey Drilling v. Petróleo Brasileiro S.A. [PETROBRAS] (1989)</u> ...	147
3.3.2.1 Resumo dos Fatos.....	148
3.3.2.2 Jurisdição sobre a Apelação da PETROBRAS .....	148
3.3.2.3 Não Reconhecimento da Imunidade de Jurisdição.....	148
3.3.2.4 Conclusão .....	149
3.3.3 <u>Caso United States Fidelity &amp; Guaranty Company v. Braspetro Oil Services Company and Petróleo Brasileiro S.A. [PETROBRAS] (1999)</u> .....	150
3.3.3.1 Resumo dos Fatos.....	150
3.3.3.2 Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição .....	151
3.3.3.3 Conclusão .....	152
3.3.4 <u>Caso Arriba Limited v. Petróleos Mexicanos [PEMEX] (1992)</u> .....	153
3.3.4.1 Resumo dos Fatos.....	153
3.3.4.2 Considerações sobre Jurisdição e o <i>Foreign Sovereign Immunities Act</i> [FSIA].....	154
3.3.4.3 Renúncia Tácita à Imunidade de Jurisdição .....	155
3.3.4.4 Conclusão .....	156
3.3.5 <u>Caso Caribbean Trading &amp; Fidelity Corporation v. Nigerian National Petroleum Corporation [NNPC] (1991)</u> .....	156
3.3.5.1 Resumo dos Fatos.....	156
3.3.5.2 Os Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição .....	157
3.3.5.3 Conclusão .....	158
3.3.6 <u>Caso Interpetrol Bermuda Limited v. Trinidad &amp; Tobago Oil Company Limited [TRINTOC] (1987)</u> .....	158
3.3.6.1 Resumo dos Fatos.....	158

3.3.6.2 Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição .....	159
3.3.6.3 Conclusão .....	160
3.3.7 <u>Caso Martropico Compañía Naviera S.A. v. Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara [PERTAMINA] (1977)</u> .....	161
3.3.7.1 Resumo dos Fatos.....	161
3.3.7.2 Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição .....	161
3.3.7.3 Conclusão .....	162
3.3.8 <u>Caso Walpex Trading Co. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos [YPFB] (1989)</u> .....	163
3.3.8.1 Resumo dos Fatos.....	163
3.3.8.2 Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição .....	163
3.3.8.3 Conclusão .....	169
<b>4 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL</b>	
<b>INSERIDO NA <i>LEX MERCATORIA</i> E NO DIREITO DO PETRÓLEO E GÁS.....</b>	<b>170</b>
<b>4.1 Como O Instituto Da Arbitragem Comercial Internacional “Alimenta” A <i>Lex Mercatoria</i>?</b> .....	<b>170</b>
4.1.1 <u>Autonomia da Vontade e Arbitragem Comercial Internacional</u> .....	173
<b>4.2 Considerações Gerais Sobre Arbitragem Envolvendo O Estado</b> .....	<b>175</b>
4.2.1 <u>Ligação entre Arbitragem Comercial Internacional e o Princípio da Imunidade de Jurisdição</u> .....	177
4.2.2 <u>Arbitragem E Direito Do Petróleo E Gás</u> .....	179
4.2.3 <u>A Natureza Jurídica Dos Contratos Com O Estado Na Indústria Do Petróleo</u> .....	180
<b>4.3 Estudo De Caso: Contribuições Do Autor Para O Aprimoramento Do Contrato De Concessão Da Anp</b> .....	<b>187</b>
4.3.1 <u>Diferença entre Cláusula de Eleição de Foro e Cláusula Compromissória</u> .....	187
4.3.2 <u>A Atual Redação da Cláusula Compromissória no Contrato de Concessão e seus Problemas</u> .....	191
4.3.2.1 Convivência da Cláusula de Eleição de Foro Com a Cláusula Compromissória.....	191

4.3.2.2 Escolha dos Árbitros e Realização de Arbitragem <i>ad hoc</i> em Conflito com Definição de Regras de Arbitragem Institucional .....	193
4.3.2.3 Ajuizamento de Medidas Cautelares no Curso do Processo Arbitral em Qualquer Foro pelas Partes .....	195
4.3.2.4 Defesa Doutrinária da Convivência da Cláusula de Eleição de Foro com a Cláusula Compromissória.....	197
4.3.2 <u>Sugestões de Alteração da Redação da Cláusula Arbitral</u> .....	199
4.3.3 <u>Conclusões sobre o Estudo de Caso</u> .....	202
<b>5 FORMULAÇÃO DA LEX PETROLEA</b> .....	203
<b>5.1 Lex Petrolea Como Ramo Especializado Da Lex Mercatoria: Uma Breve Análise Da Jurisprudência Arbitral Envolvendo A Indústria Petrolífera</b> .....	203
<b>5.2 Lex Petrolea E O Direito Do Petróleo E Gás Constituem Uma Mesma Disciplina?</b>	207
<b>5.3 Modalidades De Contratos Com O Estado Na Indústria Do Petróleo</b> .....	210
5.3.1 <u>Contrato De Concessão E Licences</u> .....	211
5.3.2 <u>Joint ventures ou Contratos de Associação e Desenvolvimento Compartilhado de Reservatórios Comuns</u> .....	214
5.3.3 <u>Contrato de Partilha de Produção ou Production Sharing Agreement (PSA)</u> .....	215
5.3.4 <u>Contratos de Serviço</u> .....	217
5.3.4.1 Contratos de Prestação de Serviços ou de Empreitada com Cláusula de Risco .....	217
5.3.5 <u>Leases</u> .....	218
5.3.5.1 Os Leases nas Áreas de Domínio Público .....	219
5.3.5.2 Os Leases na Plataforma Continental Externa ( <i>Outer Continental Shelf</i> ).....	221
5.3.5.3 Os Leases e a Legislação dos Estados da Federação Norte-Americana.....	222
5.3.5.4 O Caso Particular do Estado do Texas .....	223
5.3.6 <u>Contratos de Natureza Híbrida</u> .....	225
5.3.7 <u>Considerações Gerais</u> .....	226
<b>5.4 A Ponderação Em Mão Dupla Entre A Lex Petrolea E O Direito Internacional Público</b> .....	228

5.4.1 <u>Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais: desenvolvimento histórico</u> .....	229
5.4.2 <u>A Discussão Atual: a implantação do modelo de partilha de produção na contratação da indústria petrolífera pelo Estado brasileiro</u> .....	238
<b>CONCLUSÃO</b> .....	242
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	249

## INTRODUÇÃO.

A questão da densidade jurídica da *lex mercatoria* e sua materialização por meio de princípios e institutos albergados nos contratos internacionais é um tema que se revela rico em função da análise do arcabouço jurídico-econômico que se operacionaliza no comércio internacional a partir de inúmeros tipos de contratos e de cláusulas neles insertas.

No capítulo 1, estudaremos as fontes da *lex mercatoria*, especialmente a origem dos usos e costumes do comércio internacional, os princípios que a integram (a que denominamos princípios “guarda-chuva”) e os contratos internacionais: sua definição jurídica e as modalidades mais comuns, bem como considerações gerais sobre os contratos com o Estado.

Procuraremos apresentar as inter-relações existentes entre a *lex mercatoria* e o Direito Internacional Privado (DIPr) através da conceituação das disciplinas Direito do Comércio Internacional e o novo Direito Transnacional, tomando por base a noção de *lex mercatoria* como ordem jurídica autônoma. Nessa esteira, oferecemos uma visão da inserção dos seus princípios no Direito Convencional, que abriga várias de suas fontes, tais como os princípios gerais de direito, os relacionados ao comércio internacional, bem como os usos e costumes e regras uniformes aceitas por toda a comunidade do comércio internacional e se materializam também em resoluções formuladas por instituições ou organizações internacionais e intergovernamentais.

No capítulo seguinte, procedemos à análise do princípio da imunidade de jurisdição, cuja relativização vem ao encontro das necessidades do comércio internacional e, portanto, integra a faceta processual da *lex mercatoria*. Perpassaremos por sua razão e evolução histórica, a discussão se a sua base jurídica é de norma consuetudinária de Direito Internacional, ou se não passa de uma prática reiterada dos Estados, ou, ainda, se exigiria uma norma interna que limitaria a jurisdição Estatal no âmbito do território a partir da verificação da existência da norma costumeira de Direito Internacional.

Em uma análise subsequente, abordamos a distinção doutrinário-jurisprudencial entre *acta jure imperii* (atos de império) e *acta jure gestionis* (atos de gestão), apontando com base em que direito (interno ou internacional) a qualificação desta distinção deverá ser efetuada. Referir-nos-emos, ainda, aos critérios da natureza e da finalidade como balizamentos para uma distinção mais acurada, o problema da renúncia à imunidade de jurisdição e a relação entre imunidade e as atividades desempenhadas por entes da Administração Indireta do Estado.



No capítulo 3, elaboramos um estudo de caso tendo por plano de observação o *Case Law* norte-americano relativo às atividades fecundas no campo do petróleo. Inicialmente, constatamos a importância do papel da jurisprudência, para depois analisar como ela se comporta nos Estados Unidos. Neste país, o princípio da imunidade de jurisdição concorre paralelamente com a Doutrina do Ato de Estado (Act of State Doctrine), o que traz repercussões de ordem prática nas decisões dos magistrados. Detalharemos os conceitos, no sentido de diferenciá-los. E, então, são apresentados alguns casos envolvendo as empresas petrolíferas estatais (*National Oil Companies*), na posição de réus em demandas, em que invocaram ou suscitou-se a incidência da imunidade de jurisdição.

As decisões dos árbitros nas arbitragens internacionais constituem verdadeiro manancial jurisprudencial da *lex mercatoria*, constituindo fonte que alimenta constantemente as estruturas normativas e a atividade dos agentes do comércio internacional, ao mesmo tempo em que são retroalimentadas, a partir das práticas desses agentes. Por isso, no Capítulo 4, abordaremos um instituto que merece uma análise destacada: a arbitragem comercial internacional, contemplada nos contratos internacionais através da adoção da cláusula compromissória. Veremos que a arbitragem é hoje o mecanismo mais relevante para a solução de conflitos oriundos dos termos e do cumprimento dos contratos internacionais.

Na esteira da máxima consagração da autonomia da vontade, a cláusula compromissória é considerada um contrato autônomo à relação jurídico-contratual principal, chamada relação jurídica base, ainda que inserta no corpo do documento, dada a necessidade que se pretende dar à sua eficácia jurídica, destacando-se de eventuais lides sobre a validade do instrumento contratual como um todo. Versaremos sobre sua aplicação nos contratos com o Estado e a sua inter-relação com o princípio da imunidade de jurisdição.

Ainda no mesmo capítulo, apresentamos as considerações sobre o instituto na disciplina Direito do Petróleo e Gás e, em decorrência, nossa visão sobre a natureza jurídica do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural brasileiro para, ao final, em um estudo de caso, apontarmos a necessidade de aprimoramento da cláusula “Regime Jurídico” do referido contrato no que diz respeito à arbitragem, pontuando os problemas e propondo soluções.

No capítulo 5, trataremos da *lex petrolea*, sua relação com a *lex mercatoria* e sua expressão como manifestação dos princípios gerais do direito manifestados na jurisprudência arbitral envolvendo os contratos da indústria petrolífera. Em seguida, investigamos os objetos de análise da *lex petrolea* e do Direito do Petróleo e Gás e apresentamos outro ponto de abordagem relevante, em continuação ao tema iniciado no capítulo anterior: uma análise

pormenorizada dos tipos de contratos internacionais com o Estado na indústria do petróleo, também conhecidos como *State Contracts* ou *Quasi International Agreements*. Por fim, tratamos das interações necessárias entre *lex petrolea* e o Direito Internacional Público (DIP), na esteira de uma necessária ponderação em mão dupla.

Por fim, na Conclusão, apresentamos nossas considerações finais, no esforço de compendiar os temas expostos.

## 1 *LEX MERCATORIA*: FORMAS DE MATERIALIZAÇÃO JURÍDICA.

Berthold Goldman, em seu artigo “*Nouvelles reflexions sur la lex mercatoria*”, discorre que as origens do direito do comércio internacional, a que se convencionou chamar *lex mercatoria*, não se confundem com seu conteúdo. Objetivamente, o autor afirma que suas fontes são caracterizadas de acordo com sua origem e natureza, dentre as quais, estão: os princípios do direito internacional público, do direito privado e do direito econômico; convenções internacionais; leis uniformes de origem nacional;<sup>2</sup> regulamentos; a prática da arbitragem comercial internacional; estatutos que regulam determinadas profissões; os contratos-tipo, ou típicos; regras costumeiras, ou práticas não codificadas; e a jurisprudência estatal e a arbitral. Todavia, o seu conteúdo é composto por regras concretas que extrai dessas fontes, de modo a lidar com conexões ou relações jurídicas. O autor dá um exemplo que esclarece a diferença: as regras e práticas sobre crédito documentário são fontes da *lex mercatoria*, mas as prescrições contidas nessas regras é que formam seu conteúdo.<sup>3</sup>

Podemos admitir como fontes todas as manifestações do mundo dos fatos e do direito que influenciam a constituição de um sistema jurídico-normativo. Neste sentido, o Direito Comparado, no âmbito do Direito Internacional, é uma excelente ferramenta de perquirição das fontes da *lex mercatoria*. A abordagem comparatista não se limita à pesquisa de normas jurídicas *stricto sensu*, mas à análise dos diversos sistemas jurídicos, incluindo a ordem internacional, como um todo: os aspectos históricos, a evolução legislativa, seus elementos econômicos, sociais e culturais subjacentes (e que, ao mesmo tempo, são dele um reflexo).<sup>4</sup>

Podemos dizer que, dentre todas as fontes coligidas, o contrato internacional é o grande elemento que dá vida ao comércio internacional e, portanto, suas cláusulas refletem e, a um só tempo, compõem, a *lex mercatoria*, uma vez que materializam as grandes questões com as quais os agentes do comércio internacional se deparam no dia-a-dia de seus negócios.<sup>5</sup>

Valerio de Oliveira Mazzuoli, ao efetuar um duplo esforço de comparação, ao pesquisar a doutrina francesa e cotejar as divergências doutrinárias nela existentes sobre a

---

<sup>2</sup> Carmen Tiburcio cita dois exemplos: o Código de Comércio Internacional da antiga Tchecoslováquia, de 1967, contendo 726 artigos, e o *Uniform Commercial Code* dos Estados Unidos (1951 e sucessivas revisões efetuadas pelo *American Law Institute* em conjunto com a *Uniform Law Commission*, anteriormente conhecida como *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*). TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 10.

<sup>3</sup> GOLDMAN, Berthold. *Nouvelles reflexions sur la lex mercatoria*. In: Festschrift Pierre Lalive. Basel, Frankfurt a.M. 1993. p. 241-55. p. 242-3.

<sup>4</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Importância do direito comparado. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 679-92. p. 685.

<sup>5</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 75.

natureza jurídica da *lex mercatoria*, interpreta a crítica do professor da Universidade de Paris I, Paul Lagarde, à concepção de Berthold Goldman, professor da Universidade de Paris II, sobre o caráter positivo da *lex mercatoria*, especialmente no que tange aos contratos internacionais:

Na realidade, o que ocorre é que, na maioria dos contratos internacionais, em especial nos de investimento, a parte privada teme que o Estado co-contratante aproveite de seu poder legiferante, para alterar suas normas de direito internacional privado, no sentido de sempre beneficiá-lo, daí advindo a necessidade de se “corrigir” esse direito pelos “princípios gerais” do contrato internacional. O que se pretende, então, é alçar essa situação jurídica nascida de um contrato ao nível do direito internacional público, cujas prescrições se impõem aos Estados diretamente. E neste caso já se fala na existência de um sistema jurídico completo e autônomo, superior às ordens jurídicas nacionais, cujo conteúdo (ainda incerto) é deduzido de tais “princípios gerais”.<sup>6</sup>

A bem da verdade, a elaboração das cláusulas contratuais não difere muito nos contratos sem elementos de estraneidade e nos contratos internacionais, uma vez que estão focadas na concretização do objeto contratual e no seu elemento econômico subjacente. Na verdade, os negociantes procuram um modelo contratual que atenda às suas necessidades, sendo frequente que não encontrem um modelo que se ajuste perfeitamente às suas necessidades ou que desejem inovar na elaboração contratual.<sup>7</sup>

Ainda assim, pode-se dizer que tanto os comerciantes quanto as empresas de navegação e cabotagem, as empresas seguradoras, banqueiros e demais agentes do comércio internacional, agindo individual ou coletivamente, formam a chamada “comunidade transnacional”, que concretiza as relações de natureza contratual que alimentam a *lex mercatoria*.<sup>8</sup>

Os negociantes criam direito através dos usos contratuais e dos costumes oriundos da própria autorregulação produzida por suas entidades associativas, inclusive quanto aos mecanismos de solução de controvérsias, como a arbitragem. As decisões arbitrais formam

---

<sup>6</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A nova lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional (um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde)*. R. Ibero-Americana de Direito Público. Rio de Janeiro, a. III, n. 8, p. 251–270, abr./jun. 2002. p. 265.

<sup>7</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 639.

<sup>8</sup> TIBURCIO, Op. cit., nota 5, p. 9.

um direito costumeiro que inspira o direito comercial ou empresarial, nas arbitragens internas, e o direito do comércio internacional, nas arbitragens internacionais.<sup>9</sup>

Como dissemos, os usos e costumes constituem outra fonte do direito do comércio internacional (e, portanto, da *lex mercatoria*) e têm sido consolidados por instituições como a International Law Association, fundada em 1873; o Comitê Marítimo Internacional, fundado em 1897; a Câmara de Comércio Internacional (CCI), fundada em 1919 e pela UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional), criada pela Resolução n° 2205 (XXI) da Assembleia Geral da ONU, em 17 de dezembro de 1966.<sup>10</sup>

Carmen Tiburcio, em seu trabalho “*The development of lex mercatoria through arbitration*”, menciona que um dos primeiros casos julgados por um tribunal nacional com base na *lex mercatoria* foi em 1933, pelo *Oberlandesgericht* (tribunal regional, com jurisdição comum), situado em Hamburgo, sobre a interpretação de uma disposição contratual que mencionava a aplicação das “*usual Leningrad ice-clauses*” que eram celebradas pelos transportadores de cargas por navios com vistas a diminuir sua exposição aos riscos oriundos da navegação em águas geladas.<sup>11</sup>

As principais características da *lex mercatoria*, portanto, seriam: (a) a não pertença a qualquer sistema em particular; (b) os usos e costumes do comércio internacional compõem a sua materialização fática; (c) a adoção de um sistema de solução de controvérsias independente dos tribunais estatais, baseado na arbitragem e na autocomposição e (d) o aparecimento e o desenvolvimento da noção de equidade.<sup>12</sup>

Além disso, merece destaque o fato de estar surgindo uma nova *lex mercatoria*, fruto da produção legiferante no plano internacional (Direito Convencional) e da atividade jurisdicional (estatal e, principalmente, arbitral).<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 9.

<sup>10</sup> Ibid. p. 15.

<sup>11</sup> Ibid. p. 25. Veremos, mais à frente, que o prof. Jacob Dolinger demonstra certa surpresa sobre a ausência de jurisprudência no Brasil sobre casos envolvendo o direito do comércio internacional (*lex mercatoria*) nos contratos internacionais. Carmen Tiburcio explica as possíveis razões para o fato: “Essa ausência pode significar, alternativamente, o seguinte: (1) que não há conflitos nessa seara, (2) que a parte prejudicada dificilmente decide recorrer à justiça em razão de outros interesses envolvidos, (3) que as partes recorrem a judiciários estrangeiros, ou (4) que tais conflitos não são resolvidos pelo Judiciário e sim por outras vias de solução de litígios. A prática demonstra que a última opção é a correta. No que se refere a litígios relativos ao comércio internacional, desde há muito se constatou, na prática internacional, a preferência pela via arbitral.” TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 307. Além disso, podemos dizer que o Brasil deu um “salto jurídico”, na medida em que se passou a discutir recorrentemente as questões relativas ao comércio internacional quando se criaram as condições propícias para tanto, através de um mecanismo mais expedito e adequado para o tratamento das controvérsias oriundas do comércio internacional: o acolhimento do instituto da arbitragem comercial no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n° 9.307/96 (Lei de Arbitragem). Trataremos do tema no Capítulo 4, *infra*.

<sup>12</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 20.

<sup>13</sup> Ibid. p. 23

## 1.1 Origem Da *Lex Mercatoria*

### 1.1.1 Os Usos E Costumes Do Comércio Internacional Na Antiguidade

Como sabemos, a Idade Antiga ou Antiguidade é o período histórico que remonta desde os tempos imemoriais<sup>14</sup> até a queda o Império Romano do Ocidente, no ano de 476. Nesse período, os usos e costumes do comércio internacional floresciam no que os romanos denominavam *Mare Nostrum* (Mar Mediterrâneo).

O comércio passou a intensificar-se a partir do surgimento das cidades autônomas, dentre as mais ilustres Gênova e Veneza, cada uma com um direito doméstico específico. Esta situação gerou ocasião e necessidade perfeitas para o surgimento de regras que não tivessem qualquer caráter local ou formal.<sup>15</sup>

No Direito Romano, não se verificou uma preocupação com o estabelecimento de um direito comercial. Como fruto das relações com o Oriente, os romanos introduziram no direito civil a chamada *Lex Rhodia de Jactu*,<sup>16</sup> prevista na famosa codificação de Justiniano, o Digesto (Livro XIV, Título 2), no que teria constituído a codificação, pelos pandectistas,<sup>17</sup> dos usos e costumes importados, pelos romanos, da ilha grega de Rhodes e dos fenícios, e outra, menos citada, a *De nautico fœnore* (Digesto, Livro XXII, Título 2), que tratava dos empréstimos relativos a mercadorias transportadas por meio marítimo. Nasciam, portanto, os primórdios dos usos e costumes do comércio e do direito marítimo. Georges Ripert e René Roblot, com base em Huvelin e sua obra “*L’histoire du droit commercial*”, consideram,

---

<sup>14</sup> Considera-se seu início com a invenção da escrita, entre 4000 a.C e 3500 a.C. Já a chamada Antiguidade Clássica teria tido início por volta do século VIII a.C., com o surgimento da poesia na Grécia.

<sup>15</sup> GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 11.

<sup>16</sup> O termo também pode ser conhecido como “*De Lege Rodia de Jactu*”, havendo, portanto, diferença de grafia por questões sintáticas. A respeito da *Lex Rhodia de Jactu*, João Eunápio Borges cita um adágio que se tornou célebre quando do julgamento de um caso em que houve a aplicação da lei: *rex et dominus mundi sum; lex Rhodia, autem, regina et domina maris est*, ou seja, “sou eu o rei e senhor do mundo; mas senhora e rainha do mar é a lei Rhodia”. BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. vol I. São Paulo: Forense, 1996. p. 28.

<sup>17</sup> O uso do termo merece esclarecimento. Como o Digesto também ficou conhecido pelo nome grego *Pandectas*, estamos usando a palavra “pandectistas” para referir-nos aos juriconsultos cujas decisões ou fragmentos de decisões vieram a ser incorporados à codificação justiniana, e não àqueles que se filiaram ao Pandectismo, escola alemã, surgida no século XIX, que lançava mão do direito romano e adaptava-o à condição social da época, tendo na ideia de codificação e sistematização do Direito seus pilares fundamentais.

porém, que só se pode aproveitar do direito romano, como fonte histórica, essa parte que trata dos empréstimos, juros e usura, no que teria efetivamente contribuído para a formação da *lex mercatoria*.<sup>18</sup>

### 1.1.2 Os Usos E Costumes Do Comércio Internacional A Partir Da Idade Média

Na Idade Média, vê-se um incremento do comércio marítimo com as investidas europeias no Oriente, através das Cruzadas (por volta de 1095) e o despontamento das cidades autônomas que, desenvolveram, entre si, uma forte corrente de comércio em que era usado o direito bizantino.<sup>19</sup>

Apesar dos indícios deixados pelos comerciantes daquela época, não é fácil detectar quais eram os usos e costumes do comércio naquela ocasião. O que se tem são registros, formulários e trocas de correspondências entre eles que entraram para a historiografia do comércio internacional.<sup>20</sup> O primeiro código de direito marítimo, por assim dizer, foi elaborado por Aliénor d'Aquitaine denominado *Les Rôles d'Oléron* ou *Jugement d'Oléron*, um conjunto de julgados que foram compilados sob a forma de Código, por volta do século XIII,<sup>21</sup> e passou a ser usado em toda a Europa. Tal código, inclusive, tinha por base a velha *Lex Rhodia de Jactu* romana e levou à elaboração do *Admiralty or Maritime Law* na Inglaterra.

As feiras também foram ambientes onde usos e costumes específicos surgiram, em função do contato existente entre comerciantes de várias nacionalidades. Para a solução de controvérsias entre eles, foram sendo criadas pequenas cortes de julgamento, verdadeiros embriões das atuais cortes das Câmaras de Comércio.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 14.

<sup>19</sup> Ibid. p. 12.

<sup>20</sup> GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 13.

<sup>21</sup> Vide, por todos, PAN-MONTOJO, Juan; PEDERSEN, Frederik (Eds.). *Communities in European history: representations, jurisdictions, conflicts*. Pisa: Edizione Plus - Pisa University Press, 2007. p. 152-3 e p. 168 (notas 9 e 10).

<sup>22</sup> GERMAIN, op. cit., nota 20, p. 12.

Certa doutrina, de origem italiana, entende que havia um *jus mercatorum* que se sobrepunha ao direito local e possuía caráter internacional. A partir do século XVI, a literatura sobre direito comercial começa a florescer.<sup>23</sup>

### 1.1.2.1 Usos E Costumes Do Comércio Na Itália

Ainda na Idade Média, temos os embriões do que são hoje os bancos, empresas, dos instrumentos creditícios, como, por exemplo, a letra de câmbio e dos institutos do direito comercial, como a falência, tendo surgido dos usos e costumes oriundos do comércio marítimo entre as cidades mediterrâneas (sobretudo as italianas). Os comerciantes foram ganhando poder político, uma vez que já tinham assumido o poder econômico. As empresas também ganharam mais autonomia e poder, elaborando normas de natureza comercial. É desta época também o surgimento das jurisdições consulares.<sup>24</sup>

Georges Ripert e René Roblot informam, a título de fonte histórica, que documentos sobre a prática comercial costumeira das cidades italianas, com verdadeira força de lei, foram preservados,<sup>25</sup> dentre eles, os seguintes: as *Consuetudines*, editadas em Gênova no ano de 1056;<sup>26</sup> a *Ordinamenta et Consuetudo Maris* (Normas e Costumes do Mar), uma espécie de “Convenção Internacional” firmada em 1063 por diversas cidades italianas na cidade de Trani, no sul da Itália;<sup>27</sup> o *Constitutum Usus*, editado em Pisa, em 1161;<sup>28</sup> o *Liber Consuetudinum*, promulgado em Milão em 1216;<sup>29</sup> o *Capitulare Nauticum* de Veneza (1255);<sup>30</sup> a Tábula Amalfitana, também conhecida como *Capitula et Ordinationes Curiae Maritimae Nobilis Civitatis Amalphe* (cujas origens remontam ao ano 500, mas o documento

<sup>23</sup> Benvenuto Straccha, *MERCATVRA SEV MERCATORE*, Venice, 1575 e Pedro de Santarém (Santerna), de origem portuguesa, autor pioneiro de um tratado sobre seguros. *Ibid.*, p. 14.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>25</sup> Entre as cidades que possuem documentação preservada, encontram-se Pisa, Genova, Veneza, Amalfi e Trani. Vide GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 14.

<sup>26</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Origem do direito comercial*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, 1996. p. 87-100. p. 90. Tradução do capítulo 1º do Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell'Impresa, 3ª. ed., Milio, Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli.

<sup>27</sup> GIERMANN, Heiko A. *The evidentiary value of bills of lading and estoppels*. Piscataway: Transaction Publishers, 2004. p. 19.

<sup>28</sup> HERNÁNDEZ, Alfredo Morles. *Curso de derecho mercantil*. Tomo I. Caracas: UCAB, 1998. p. 16.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>30</sup> COMPARATO, op. cit., nota 26, p. 91. Tradução do capítulo 1º do Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell'Impresa, 3ª. ed., Milio, Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli.



consolidado é do século XIII).<sup>31</sup> Em Pisa, fez-se editar a *Breve Curia Maris*, no ano de 1298 (ou em 1305).<sup>32</sup>

### 1.1.2.2 Usos E Costumes Do Comércio Na Inglaterra

Os primórdios da *lex mercatoria* na Inglaterra passam por três momentos. Primeiramente, constituiu uma modalidade de direito especial, autônomo em relação ao *Common Law* e submetido a tribunais exclusivos, com competência apenas para julgar matérias de natureza comercial. Em uma fase intermediária, a *lex mercatoria* passou a ser aplicada nos tribunais comuns, mas constituindo um corpo de usos e costumes, que podiam ser invocados como matéria fática.

Dos séculos XII ao XIV, a sensibilidade do Rei Edward I, aliada à pressão dos comerciantes para o reconhecimento legal dos seus direitos, levou à edição do *Statute of Acton Burnell*, de 1283, juntamente com o *Statute of Merchants*, de 1285, complementados pelas New Ordinances, de Edward II, em 1311,<sup>33</sup> no que constituíram o incipiente *ius mercatorum* medieval na Inglaterra. Além disso, a influência das *Roles d'Oléron* promulgadas em França levaram à criação posterior do *Black Book of the Admiralty*, um corpo legislativo e jurisprudencial que continha os principais julgados da *High Court of Admiralty*, criada também neste período. Tal Corte exercia sua jurisdição sobre todos os contratos marítimos e atos ilícitos ligados ao direito do mar. A primeira menção a esse *corpus iuris* data de 1338, no *Liber Memorandum*, um documento cujos manuscritos encontram-se preservados até hoje no Guildhall, em Londres.<sup>34</sup>

Em um estágio posterior, houve uma efetiva incorporação dos princípios integrantes da *lex mercatoria* ao direito inglês, no julgamento do caso *Woodward. v. Rowe* em 1666, no

<sup>31</sup> DE LEONE, Andrea; PICCIRILLO, Alessandro. *Tabula de Amalphi*. Cava dei Tirreni: Di Mauro, 1965.

<sup>32</sup> Há controvérsias sobre o ano de edição da *BREVE CURIA MARIS*. O autor Jules Delaborde, em seu *Traité des avaries particulières sur marchandises: dans leurs rapports avec le contrat d'assurance maritime*, afirma, na nota de rodapé 1 à página 365, que se deu em 1298. Vide DELABORDE, Jules. *Traité des avaries particulières sur marchandises: dans leurs rapports avec le contrat d'assurance maritime*, 2. ed. Paris: Chez Renard, 1838. Já Fábio Konder Comparado, amparado em Túlio Ascarelli, considera a data de 1305. COMPARATO, op. cit., nota 30, p. 90. Tradução do capítulo 1 do livro de ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*, 3. ed. Giuffrè: Milão, 1962.

<sup>33</sup> LUDERS, A. (Ed.). *The Statutes of the realm: printed by command of His Majesty King George the Third, in pursuance of an address of the House of Commons of Great Britain*. London: Record Commission, 11 vols., Vol. I, p. 53-4, 98-100, 165, 1810-1828. From original records and authentic manuscripts.

<sup>34</sup> Vide, por todos, PAN-MONTOJO, Juan; PEDERSEN, Frederik (Eds.). *Communities in European history: representations, jurisdictions, conflicts*. Pisa: Edizione Plus – Pisa University Press, 2007. p. 152-3 e p. 168 (notas 9 e 10).

qual se concluiu que: “*the law of merchants is the law of the land*”.<sup>35</sup> No final do século XIX, tornou-se direito consolidado no *Sale of Goods Act*, de 1893.<sup>36</sup>

### 1.1.2.3 Usos E Costumes Do Comércio Na França

Na França, os usos e costumes surgem também nas grandes cidades comerciantes.<sup>37</sup> Além da codificação conhecida como *Les Rôles D’Oléron*, de que tratamos acima, surgida provavelmente no século XIII, não havia outros registros a respeito do comércio internacional, até o surgimento das ordenações reais de Luís XIV. Outros autores mencionam a existência de um conjunto de normas conhecidos como *Le Guidon de la Mer* ou *Us et Coutumes concernant les Droits maritimes qui furent adoptés en faveur de la ville de Rouen*,<sup>38</sup> que agregava ordenações reais francesas, dos séculos XV e XVI, sobre o direito marítimo.

Por iniciativa de Jean-Baptiste Colbert, o todo-poderoso ministro de Estado e da Economia do Rei Sol, foram editadas as ordenações que regulavam o comércio por terra (1673) – essa conhecida como Código Comercial ou Código Savary – e o comércio marítimo (1681). Segundo Ripert e Roblot, a ordenação relativa ao comércio marítimo tem o mérito de ser muito superior que a que regulava o comércio terrestre, e o Código Savary, o de ser a primeira iniciativa na Europa de codificação do direito comercial.<sup>39</sup>

### 1.1.3 Lex Mercatoria Nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, uma das primeiras manifestações da defesa da autonomia e da universalidade do direito do comércio internacional foi o célebre caso *John Swift v. George W. Tyson*,<sup>40</sup> de 1842, no qual encontramos a seguinte manifestação, no voto condutor do Justice Story: o direito aplicável aos instrumentos negociais não é o direito de um único país,

<sup>35</sup> CHENG, Chia-Jui (Org.). *Clive Schmitthoff’s selected essays on international law*. Dordrecht; Nouvell; London: Martinus Nijhoff Publishers; Graham Trotman; Kluwer Academic Publishers, 1988. p. 138.

<sup>36</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 21.

<sup>37</sup> GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 12.

<sup>38</sup> AZUNI, Domenico Alberto. *Droit maritime de l’Europe*. Paris: Chez M.D.A Azuni, 1805, p. 463. Tome Premier.

<sup>39</sup> GERMAIN, op. cit., nota 37, p. 14.

<sup>40</sup> US Supreme Court, citado como 41 U.S. (16 Pet.) 1, 22 (1842).

mas do “mundo comercial”.<sup>41</sup> Contudo, o sentido da palavra “mundo” neste contexto foi aplicado no sentido de “âmbito” ou “esfera” e, portanto, a casos que não possuíam qualquer elemento de estraneidade.<sup>42</sup>

Outro caso célebre e contemporâneo citado pela doutrina<sup>43</sup> é o *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, de 1972.<sup>44</sup> O cerne da controvérsia foi a adoção de cláusula de eleição de foro em um contrato internacional de reboque de uma plataforma de petróleo entre a autora (a empresa alemã Unterweser) e a ré. A empresa alemã invocou a eleição do foro contratual (Londres, Inglaterra) na ação de indenização promovida por Zapata na Flórida; Zapata, por outro lado, infirmou a referida eleição de foro na ação movida pela Unterweser em Londres. Em uma terceira ação, de limitação de responsabilidade civil, também proposta pela empresa alemã nos EUA, o caso foi parar na Corte Distrital da Quinta Circunscrição<sup>45</sup> (*Fifth Circuit*), que tem jurisdição sobre os Estados da Louisiana, Mississippi e do Texas. A decisão da referida Corte negou efeito à cláusula de eleição de foro e reconheceu como competente a justiça norte-americana, tendo sido admitida a subida do processo à Suprema Corte Norte-Americana porque os tribunais das demais circunscrições possuíam posições diferentes a respeito da matéria.

A grande questão nesse caso foi a revisão, pela Suprema Corte, do seu posicionamento anterior, que via com muita reserva a eleição de foro estrangeiro para a solução de controvérsias com base na comprovação, pelas partes, de que a jurisdição norte-americana era menos conveniente que a estrangeira (com base na teoria do *forum non conveniens*),<sup>46</sup> para passar a respeitar a autonomia da vontade<sup>47</sup> das partes na solução de controvérsias nos contratos internacionais, estendendo-a à seara processual.

---

<sup>41</sup> Segundo Story, essa assertiva já tinha sido proferida pelo Lord Mansfield no caso *LUKE V. LYDE*, citado como 2 Burr 882; 97 ER 614 (Luke) e julgado em 1759 perante a *Court of King's Bench* britânica.

<sup>42</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 21-22.

<sup>43</sup> Para uma descrição mais detalhada dos aspectos fáticos que envolveram o caso, vide TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 89-91.

<sup>44</sup> US Supreme Court, citado como 407 U.S. 1 (1972). *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit n.º. 71-322*.

<sup>45</sup> A respeito desta nomenclatura, vide FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Sistema jurídico dos EUA: uma breve descrição*. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Portuguese01.pdf/\\$file/Portuguese01.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Portuguese01.pdf/$file/Portuguese01.pdf)> Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>46</sup> Veremos os reflexos dessa teoria no *Case Law* norte-americano nos casos envolvendo o princípio da imunidade de jurisdição no Capítulo 3, *infra*.

<sup>47</sup> Trataremos amplamente do princípio da autonomia da vontade no item 1.2.1, *infra*.

#### 1.1.4 Considerações Gerais Sobre Os Usos E Costumes Como Fonte *Da Lex Mercatoria*

Os autores Georges Ripert e Pierre Roblot, ao resumirem a importância dos usos e costumes no comércio, apontam o risco de seu desaparecimento como fonte do direito nos ordenamentos jurídicos internos, com o passar do tempo, em função da produção legislativa dos Estados. Vejamos:

*Le droit commercial a été pendant longtemps un droit purement coutumier sans qu'il y ait eu aucune rédaction de cette coutume. Même, quand il a été codifié, il a conservé une place assez large aux usages, car la réglementation légale était insuffisante notamment en ce qui touche les contrats. L'usage ne se forme que dans un lieu circonscrit ou dans un milieu étroit et pour cette raison il y a peu d'usages en matière civile. La formation et la conservation de l'usage sont plus faciles en matière commerciale. Toutefois, ces usages tendent à disparaître parce que le commerce n'est plus confiné dans une place et aussi parce que la loi écrite étend son empire à toutes les questions.*<sup>48</sup>

Entendemos que esse raciocínio, contudo, não pode ser transposto para o comércio internacional. Os próprios autores reconhecem que os árbitros, na solução de controvérsias oriundas da prática das transações comerciais internacionais, podem dispor das fontes de direito costumeiro (a *lex mercatoria*), que constituem práticas que geraram e ao mesmo tempo são governadas por princípios básicos, os quais analisaremos mais adiante.<sup>49</sup>

#### 1.1.5 Os Regulamentos Institucionais

As instituições e as associações profissionais possuem regulamentos que impõem ao mercado sob sua supervisão determinadas regras aos agentes e a seus destinatários. A origem desses regulamentos institucionais está na elaboração de regras para reger as relações

---

<sup>48</sup> Tradução livre: “O Direito Comercial tem sido um direito puramente consuetudinário, sem ter havido nenhuma redação deste costume. Mesmo quando foi codificado, manteve um espaço suficientemente grande para os usos e costumes, uma vez que a regulamentação legal era insuficiente, sobretudo no que diz respeito aos contratos. Os usos formam-se apenas em um lugar circunscrito ou num ambiente restrito e, por isso, há pouca utilização em matéria civil. A formação e a conservação dos usos são mais fáceis em matéria comercial. No entanto, esses usos tendem a desaparecer porque o comércio não se limita a um único lugar e também porque a lei escrita estende sua autoridade a uma série de questões.” GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 12.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 32.

comerciais entre seus associados, segundo Alfredo Morles Hernández, e constituiu a origem da chamada jurisdição consular. Como exemplos, o autor cita a os *Statuti dei Mercanti de Parma* (1215), *Statuti dell'arte di Camala*, de Florença (1301) e o *Breve Consulum Mercatorum*, de Pisa (1316).<sup>50</sup>

Contemporaneamente, um exemplo de autorregulação negocial é o mercado de títulos mobiliários, no qual as Bolsas de Valores possuem determinados estatutos que regulam o mercado de ações, de mercadorias e futuros, geralmente havendo uma especialização por tipos de mercados (energia, grãos, carne etc.) e esses regulamentos são sobrepostos pela regulamentação administrativa dos governos, através das Comissões de Valores Mobiliários.

As associações profissionais, dependendo de sua finalidade, elaboram modelos de contratos para serem usados por partes privadas em determinado setor.<sup>51</sup> No setor petrolífero, por exemplo, existe a AIPN (*Association of International Petroleum Negotiators*), que elabora uma grande quantidade de modelos de contratos a serem usados na indústria do petróleo na contratação e subcontratação de atividades relacionadas a essa indústria.

Atualmente, com o intercâmbio de mercadorias através de meios eletrônicos, a determinação da aplicação da lei nacional pelos métodos de conflito tradicionais do DIPr têm-se tornado insuficientes, em função da generalização da utilização de regras uniformes que têm por fonte ou a prática profissional, os regulamentos institucionais<sup>52</sup> ou as Convenções Internacionais. Tal tendência é acelerada pela profusão de associações de caráter internacional e o desenvolvimento de comunidades econômicas além das fronteiras estatais.<sup>53</sup>

## 1.2 Princípios “Guarda-Chuva” Da Lex Mercatoria

Imaginemos um guarda-chuva aberto e consideremos cada uma de suas extremidades como uma ponta de onde partem feixes lineares. Essa é a visão que podemos didaticamente

---

<sup>50</sup> Segundo o autor, vieram, em sequência, os estatutos das cidades comerciantes de Bérgamo, Bolonha, Brescia, Cremona, Placencia, Roma, Verona e Milão: “las ciudades italianas difundieron a través de su intenso comercio el nuevo conjunto de normas.” HERNÁNDEZ, Alfredo Morles. *Curso de derecho mercantil*. Caracas: UCAB, 1998. p. 17. Tomo I.

<sup>51</sup> GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 31.

<sup>52</sup> A esse respeito, veremos que instituições como a Câmara de Comércio Internacional (CCI), o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) possuem papel bastante relevante. Vide itens 1.2.6, 1.2.7 e 1.5.1.2 e 1.5.1.3, *infra*.

<sup>53</sup> GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 32.

elaborar quando falamos da quantidade de princípios que estão ao abrigo da *lex mercatoria*. A respeito de cada um deles, trataremos detidamente nas seções que se seguem.

### 1.2.1 Autonomia Da Vontade

A autonomia da vontade é um princípio basilar em todo e qualquer sistema jurídico que se pretende democrático. No Direito Público, está inserido na ordem econômica como corolária da do direito à livre iniciativa; no Direito Privado, como a liberdade para atuar e celebrar negócios jurídicos. Mas é na esfera internacional, objeto do nosso estudo, é que assume uma peculiar evolução.

Conceitualmente, a autonomia da vontade é caracterizada como a possibilidade que as partes em um contrato internacional têm de escolher a lei aplicável ao contrato internacional que celebram.<sup>54</sup>

No Brasil, contudo, a aplicação do princípio nas relações contratuais *inter partes* nunca foi uma unanimidade na doutrina pátria.<sup>55</sup>

Havia três posições principais. Uma, mais conservadora, inadmitte a escolha da lei aplicável pelas partes nas obrigações internacionais; outra, intermediária, entende que a escolha da lei aplicável até é possível, se as regras de conexão do local da celebração do negócio o permitir, o que não seria o caso das regras brasileiras. Portanto, esta corrente acaba remetendo aos efeitos práticos da primeira.<sup>56</sup> A terceira teoria aceita a aplicabilidade do princípio sem maiores embaraços. Há, ainda, autores que fazem distinção entre a sua aceitação quanto a matérias ditas dispositivas – onde impera a liberdade privada – e as matérias submetidas ao *ius cogens*,<sup>57</sup> ou seja, normas peremptórias em relação às quais a autonomia da vontade não se poderia sobrepor.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 80.

<sup>55</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 421. A respeito da evolução do conceito de autonomia da vontade no direito brasileiro, vide também DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72-102.

<sup>56</sup> Para verificar a que categoria os autores brasileiros se filiam, vide DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 449.

<sup>57</sup> Não confundir, aqui, a expressão *ius cogens* com o “direito das gentes” do Direito Internacional Público, presente nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Usamo-na aqui no sentido estrito de normas obrigatórias, inderrogáveis pela vontade das partes.

<sup>58</sup> DOLINGER, op. cit., nota 56, p. 449-50.

Uma tendência mais moderna, todavia, considera que a livre disposição das partes, a partir do arcabouço jurídico-normativo que dá base ao comércio internacional, através da *lex mercatoria*, e as limitações da regulação de certas modalidades de contratos internacionais pelo DIPr (regras de conexão) levam a uma aceitação mais ampla do princípio.<sup>59</sup> Não se pode esquecer, contudo, que seu embrião está no próprio DIPr,<sup>60</sup> enquanto Direito do Conflito de Leis, porque tem por objetivo justamente a sua solução, com a concessão de liberdade às partes na predefinição de qual direito pretender ver aplicável,<sup>61</sup> quer na execução contratual, quer no eventual surgimento de alguma controvérsia.

A materialização do princípio da autonomia da vontade tem duas vertentes: processualística, de definição do foro competente ou da submissão da controvérsia à via arbitral; e material, que ainda se subdivide em duas: (i) escolha da lei aplicável à forma<sup>62</sup> e (ii) escolha da lei aplicável ao fundo, ou seja, o direito substantivo aplicável ao mérito do negócio jurídico. Essas possibilidades se correlacionam com dois outros princípios que veremos adiante: o da segurança jurídica e o da equidade,<sup>63</sup> que pode ser pactuado pelas partes como um princípio geral aplicável na solução de qualquer controvérsia e, ainda que não pactuado, pode vir a ser utilizado pelo julgador ou árbitro na apreciação da matéria.

Depreende-se que a autonomia da vontade assegura a segurança jurídica nos fluxos do comércio internacional em função da consagração da livre iniciativa em uma ordem jurídico-econômica de caráter liberal, onde tal iniciativa é estimulada; pela previsibilidade que a fixação prévia do direito aplicável ocasiona, assim como da solução, no caso de controvérsias, levando-se a uma maior justiça no caso concreto, adstrita à vontade livre e imaculada das partes, uma vez que definida em situação de mútua cooperação, e não de conflito.<sup>64</sup>

A autonomia da vontade – não apenas em sentido estrito, de liberdade de definição da lei aplicável, mas também na definição das cláusulas – constitui o que a doutrina portuguesa chama de “conformação direta das relações contratuais”. Este conceito é definido pela doutrina como “autonomia universal”, que só estaria adstrita à ordem pública internacional do foro.<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 640.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 644-5.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 643.

<sup>62</sup> Por exemplo, vide artigo 4º da Convenção Destinada a Regular Certos Conflitos de Leis em Matéria de Cheques (Genebra, 1931) – Item 2.5.2.1 (a), *infra*.

<sup>63</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 643-4.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 646 e 651.

<sup>65</sup> A ordem pública internacional do foro não recairia sobre a aplicação do direito estrangeiro, mas sobre a estipulação contratual. Portanto, a autonomia da vontade encontraria nela sua única limitação. *Ibid.*, p. 646.

A teoria que exige a existência de um liame objetivo entre a lei escolhida e a relação jurídica restringe em demasiado a autonomia da vontade, uma vez que se vale de critérios objetivos, e não subjetivos, para a escolha. Acaba, invariavelmente, prendendo-se à noção de localização da relação contratual<sup>66</sup> e a sua inserção em um determinado sistema jurídico, o que já não cabe mais em um mundo onde os contratos são plurilocalizados e demandam a aplicação simultânea de dois ou mais ordenamentos, ou mesmo da *lex mercatoria*.

A *lex contractus*,<sup>67</sup> em si mesma, não cria limitações à autonomia da vontade, porque o contrato como um todo acaba não se subordinando a qualquer ordem jurídica em particular, mesmos nos casos em que não há designação da lei aplicável. A *lex fori*, nesses casos, fica restrita à aplicação supletiva.<sup>68</sup> Tal tese é defendida pelos autores conhecidos como “voluntaristas”.<sup>69</sup>

Os voluntaristas têm como argumento as peculiaridades e necessidades do fluxo negocial e os contratos internacionais, por estarem em uma zona de contato tangenciada por duas ou mais ordens jurídicas estatais, mereceriam maior autonomia negocial. Assim resume Luís de Lima Pinheiro, autor português:

Nos tempos mais recentes, a tese da autonomia universal tem sido diretamente relacionada com o problema da internacionalpublicização e da

---

Jacob Dolinger, todavia, é contra o estabelecimento de um “método de controle prévio” da ordem pública do local da assinatura do contrato para limitar a autonomia da vontade. Assim se pronuncia o autor: “A ordem pública é o princípio que rejeita a aplicação de lei atentatória à sensibilidade jurídica, à ordem moral e aos interesses econômicos de um país que no campo dos contratos se revela no momento em que se pretende dar execução aos mesmos. Uma cláusula atentatória à ordem pública no momento da feitura do contrato pode deixar de sê-lo no momento de sua execução e, contrariamente, uma cláusula inofensiva à época do compromisso poderá tornar-se rejeitável posteriormente, quando do cumprimento do compromisso contratual. Quando as partes contratam e submetem seu pacto a uma lei estrangeira, o princípio da ordem pública não tem como nem por que ser envolvido. Se o contrato é firmado no país A, as partes escolhem a lei do país B e o contrato vem a ser executado em país C, o sistema jurídico que irá apurar se há contrariedade ordem pública é o do país C, que, via de regra, se preocupará com sua ordem pública, da forma como ela é entendida contemporaneamente ao momento da execução do contrato. Portanto, a ordem pública do país onde o contrato foi firmado é irrelevante.” E, assim, finaliza: “Por isto, cercear a plena autonomia das partes para escolher a lei aplicável com fundamento na ordem pública significa antecipar um problema que poderá, ou não, ocorrer no momento da execução contratual. Por esta razão, não aceitamos qualquer restrição à autonomia da vontade e à legitimidade e validade da cláusula contratual que escolhe lei diversa da vigente no local em que o contrato é negociado e firmado. Os efeitos da cláusula, sua exequibilidade, dependerão, mais tarde, do local, do momento e das circunstâncias da sua execução. A mesma escolha de lei poderá ser aceitável em uma jurisdição e inadmissível em outra.” DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA; Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72-111. p. 102-3.

<sup>66</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1141.

<sup>67</sup> *Lex contractus*, ou lei do contrato, será aqui entendida como o estatuto legal ao qual o contrato se encontra submetido.

<sup>68</sup> PINHEIRO, op. cit., nota 56, p. 658-60.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 660-1.



transnacionalização dos contratos e passa a combinar-se com as doutrinas favoráveis à elevação de certos contratos internacionais à categoria de tratados ou quase-tratados ou à submissão dos contratos do comércio internacional à *lex mercatoria*.<sup>70</sup>

A tese da autonomia universal, contudo, tem por oposição o fato de que só o direito positivo pode atribuir consequências jurídicas ao ato celebrado pelos contraentes. Esta não é uma posição apenas da doutrina brasileira. Tal posicionamento considera a preexistência da ordem jurídica aos fatos, o que é uma tese muito mais ontológica sobre o Direito que propriamente sobre sua aplicabilidade.<sup>71</sup>

O DIPr possuiria, portanto, elementos limitadores para a aplicação irrestrita do princípio da autonomia da vontade, porque estabelece condicionantes para o exercício da livre estipulação contratual quanto ao direito escolhido como o aplicável; à existência de um liame objetivo entre a escolha da lei aplicável e a situação jurídica *sub examine* e ao comportamento, da lei objetivamente conectada ao objeto contratual.<sup>72</sup>

### 1.2.2 Professio Iuris Ou Professio Legis Como Definição Da Lex Contractus

A *lex contractus*, considerada o estatuto jurídico do contrato ou a lei que lhe é mais apropriada, era considerada, tradicionalmente, como a lei do local da sua celebração (*lex loci contractus*) ou a lei do local da sua execução (*lex loci solutionis* ou *executionis*). Jacob Dolinger<sup>73</sup> informa que há, em doutrina, aqueles que fazem uma cisão: a lei do local da celebração rege a forma do contrato, enquanto a lei da execução, o seu conteúdo e defende tal distinção, nos seguintes termos:

A regra de conexão que determina a aplicação da lei do local da realização do ato e do contrato para o concernente à sua forma (...) é uma consagrada conquista do Direito Internacional Privado. A lei do local da feitura do ato jurídico é a mais bem conhecida das partes e a mais acessível, por isto são as regras locais sobre como formalizar, que governam sua exteriorização. Sendo estas as razões da regra, de há muito que se admite que ela não é

<sup>70</sup> Ibid., p. 661.

<sup>71</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 661-2.

<sup>72</sup> Ibid., p. 1149-50.

<sup>73</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 233.

obrigatória, que as partes têm a opção de revestir, de formalizar seus atos jurídicos, de acordo com a lei, os costumes de outro sistema jurídico.<sup>74</sup>

A *lex contractus* deve ter por papel o atendimento dos objetivos visados das partes contratantes, a saber: a forma contratual a ser adotada (regida pela *lex loci celebrationis*); os requisitos de validade do negócio jurídico quanto à conformação da vontade dos contraentes; e o carrego dos demais princípios do sistema jurídico da lei escolhida e, com eles, as garantias decorrentes.<sup>75</sup>

Ao final, observa-se a necessidade de uma ponderação: a definição de limites à eficácia da escolha das partes por uma lei objetiva (a indicada pelo DIPr) e a livre estipulação da *lex contractus* no plano substantivo, sem que se malfira a ordem jurídica em que a lei designada encontra-se inserida. Por outro lado, o pré-condicionamento da lei eleita a uma lei objetivamente competente significa um alinhamento com as teses contrárias à autonomia da vontade.<sup>76</sup>

No Brasil, vivemos o seguinte quadro: permanece vigente a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), de 1942. O seu artigo 9º<sup>77</sup> promove o desdobramento da *lex contractus* quanto à forma e o fundo, o que acaba gerando situações em que a lei aplicável acaba não sendo a mesma. Hipoteticamente consideremos um “país 3” com regra semelhante ao nosso artigo 9º da LICC. No “país 1” ocorre a celebração de um contrato; o seu cumprimento, em um “país 2”; e a solução de controvérsias no “país 3”.<sup>78</sup> Se o DIPr do terceiro país fizer a cisão da *lex contractus* (como no caso brasileiro), aplicará a lei do “país 1” para as questões de forma, a lei do “país 2” para a questão de fundo (não se trata de reenvio, mas de aplicação direta da lei material), e a executoriedade da decisão vai depender, em grande parte, da *lex fori* do país 3.<sup>79</sup> Admitido o reenvio<sup>80</sup> no “país 3”, a situação complica-se ainda mais, pois o

<sup>74</sup> Ibid., p. 239.

<sup>75</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 675.

<sup>76</sup> Ibid., p. 1149.

<sup>77</sup> **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942** – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

<sup>78</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 486.

<sup>79</sup> Ibid., p. 500.

<sup>80</sup> O reenvio não é admitido no Brasil, por força do artigo 16 da LICC. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942** – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Art. 16. Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei.

aplicador da regra de conflito terá de olhar o DIPr do “país 1” e o do “país 2”, que poderão remeter a soluções completamente díspares entre si.

Como veremos, a Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais da Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado V (CIDIP-V, México, 1994), assinada pelo Brasil, porém não ratificada, prevê, em seu artigo 7º,<sup>81</sup> o respeito integral à escolha feita pelas partes, ou, na sua ausência, a depreensão da lei através do comportamento das partes ou da análise do contrato como um todo, além de permitir o *dépeçage* material do contrato. Portanto, diante de tamanho avanço trazido pela CIDIP-V e a estagnação representada pela LICC, há quem defenda que, havendo a escolha da lei aplicável, tal lei deve ser acolhida, sem restrições.<sup>82</sup>

Jacob Dolinger informa um dado fundamental e impressionante sobre a ausência de julgados no Brasil relativos à escolha de lei estrangeira em sede de contrato internacional ou sobre o silêncio das partes: “Não há jurisprudência brasileira sobre a lei aplicável a contrato firmado no Brasil em que as partes tenham escolhido lei estrangeira. (...) Quanto à lei a ser aplicada em hipótese de silêncio contratual, é mínima a jurisprudência de que se dispõe.”<sup>83</sup>

Outra expressão latina consagrada no DIPr<sup>84</sup> para designar a lei do local da celebração do contrato é a *locus regit actum*. A autonomia da vontade também relativiza esta regra, admitindo que a lei que rege o fundo também regule a forma ou, como alternativa, seja aplicada a lei nacional dos contraentes.

As teses em prol de uma liberdade de designação da *lex contractus* ganharam reforço com a adoção, pelas Convenções da Haia, da *professio iuris*, que é justamente a possibilidade de escolha do direito aplicável através de convenção formulada pelas partes.<sup>85</sup> As Convenções procuram conciliar duas regras de conexão: a *lex domicilii* e a *lex patriae*, que eram os dois critérios básicos e clássicos de determinação da lei aplicável no DIPr.<sup>86</sup> O autor português Luís de Lima Pinheiro resume do que resulta a eficácia jurídica da concretização da *professio*

---

<sup>81</sup> Vide item 2.5.2.1 (g), *infra*.

<sup>82</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 485.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 485-6. O dado é impressionante se considerarmos o caso julgado em 1933 pelo Oberlandesgericht alemão, ao qual aludimos, envolvendo não a aplicação da lei estrangeira a um contrato, mas uma manifestação contratual da *lex mercatoria*!

<sup>84</sup> Jacob Dolinger entende que a *locus regit actum*, por ter origem nos usos e costumes do comércio internacional, nem precisaria estar prevista no DIPr, como depreendemos deste trecho: “Locus Regit Actum é uma norma básica do direito internacional privado, de fonte costumeira, não dependendo, a rigor, de estar expressamente declarada no direito internacional privado positivo.” *Ibid.*, p. 512.

<sup>85</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 649.

<sup>86</sup> VISCHER, F. General course on Private International Law. In: *Recuel des Cours*, Collected Courses, Tome 232 (1992).

*iuris*: “certeza, previsibilidade e facilidade para as partes na determinação da disciplina material do caso, ligadas à proteção da confiança recíproca.”<sup>87</sup>

Existem duas posições em doutrina sobre a natureza jurídica da *professio iuris*. A primeira entende-a como um pacto de vontades com a característica de ser um negócio jurídico autônomo, e a segunda, dele prescinde, por depreendê-lo da própria vontade das partes, expressa nos termos avençados.<sup>88</sup> A vantagem de ser um negócio jurídico autônomo é o seu destacamento (*detachment*) ou separabilidade (*dépeçage*) em relação às demais cláusulas do contrato tido como principal, o que propicia a sua não contaminação em relação aos planos da validade e da eficácia,<sup>89</sup> caso haja algum questionamento ulterior em relação a esses planos envolvendo a integralidade do instrumento.

A autonomia da vontade na *professio iuris*, nos moldes da teoria da autonomia universal, não comporta a preexistência de qualquer direito tido como competente para reger o contrato, porque a *lex contractus* eleita já é suficiente para governá-lo. Por essa tese, a ordem pública do foro não poderia interferir senão para garantir que o negócio jurídico tenha respeitados os requisitos mínimos para sua validade e eficácia.<sup>90</sup>

A *professio iuris*, portanto, suscita a seguinte dúvida: a eleição da lei aplicável está limitada aprioristicamente a um ordenamento jurídico nacional, ou pode ter por base uma ordem jurídica autônoma, de natureza internacional, como, por exemplo, a *lex mercatoria*?<sup>91</sup> O artigo 3º<sup>92</sup> da Convenção sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980) parece ter afastado expressamente a primeira opção, mas também não optou propriamente pela segunda: apenas dá a liberdade aos contratantes de escolher a lei do país que considerar mais conveniente ou, na falta desta escolha, o seu artigo 4º consagra a adoção do princípio da proximidade.<sup>93</sup>

Portanto, pode-se dizer que a *professio iuris* teria a mesma natureza jurídica da cláusula compromissória, como veremos no Capítulo 5, quando trataremos do instituto da arbitragem comercial internacional: é pactuação autônoma ao resto do contrato.<sup>94</sup>

<sup>87</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 649.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 1155.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 1156.

<sup>90</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 656.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 656.

<sup>92</sup> Vide Item 2.5.2.1, item C.2. e *Ibid.*, p. 1140.

<sup>93</sup> Vide Item 2.5.2, item B.1.

<sup>94</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1155-6.

Em função deste “destacamento” da *professio iuris*, há a possibilidade de se fazer a escolha da lei aplicável posteriormente à assinatura do contrato ou, ainda, a sua repactuação.<sup>95</sup>

Luís de Lima Pinheiro avança a hipótese de escolha do direito aplicável sob condição suspensiva à ocorrência de fato futuro ou a manifestação ulterior das partes. Considera-a válida, mas chama a atenção para a necessidade de definição do direito aplicável no interregno entre a celebração e a ocorrência de tal fato ou declaração de vontade. Propõe como solução a aplicação do direito objetivo indicado pela regra de conexão do DIPr, que seria substituído quando a condição se implementasse, ressalvados os direitos adquiridos de terceiro,<sup>96</sup> com base na lei objetiva, neste intervalo, de modo a respeitar “a necessidade de adaptação e evolução dos contratos de execução duradoura.”<sup>97</sup> Complementa o doutrinador português:

Cabe ao Direito Internacional Privado do foro delimitar e conjugar os estatutos em presença por forma a assegurar uma regulação coerente e a salvaguardar a continuidade das situações jurídicas constituídas ao abrigo do estatuto anterior. Porquanto esta mudança de lei aplicável resulta de uma escolha das partes, entende-se que as partes também são livres de determinar se a escolha produz efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.<sup>98</sup> (...) Importa atender ao referido princípio da continuidade das situações jurídicas constituídas ao abrigo do estatuto anterior e ter presente que a situação não se apresenta do mesmo modo perante contratos de execução instantânea e contratos de execução reiterada ou permanente.<sup>99</sup>

Daí decorre outra consideração: e se o contrato era válido sob o estatuto da lei objetivamente competente e passar a tornar-se inválido em função da aplicação da lei ulteriormente escolhida? Aí, socorre-se ao que se convencionou chamar “princípio da validade ou *favor negotii*, que veremos adiante: a segunda lei só será admitida caso possa sustentar ou garantir a validade do negócio, da mesma forma ou até de uma forma mais vigorosa do que a lei objetiva.<sup>100</sup>

---

<sup>95</sup> Ibid., p. 1174.

<sup>96</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1174-5.

<sup>97</sup> Ibid., p. 1175. Um conceito importante existente nos contratos da indústria petrolífera, que se enquadram na modalidade de contratos de execução duradoura, em especial os *unitization agreements* ou contratos de unificação de operações, é o de redeterminação: as partes estipulam no contrato originário que, de tempos em tempos, haverá uma rediscussão de suas cláusulas, de modo a fazer o *rebalancing* do sinalagma contratual. A respeito do tempo, da quantidade de redeterminações possíveis nesses contratos, bem como outros aspectos relativos ao tema, vide WEAVER, Jacqueline Lang; ASMUS, David F. *Unitizing oil and gas fields around the world: a comparative analysis of national, laws and private contracts*. Houston Journal of International Law, v. 28, n. 3, 2006.

<sup>98</sup> PINHEIRO, op. cit. nota 94, p. 1177-9.

<sup>99</sup> Ibid., p. 1178-9.

<sup>100</sup> Ibid., p. 1179.

### 1.2.3 Proximidade, “Relação Mais Estreita” Ou “Interesse Sérió”

As Convenções de Roma e da Haia consagram o princípio da proximidade, que é a regulação do negócio jurídico pela lei nacional com o qual possua maior afinidade, liame ou inserção lógica. Tal princípio representou uma flexibilidade em relação à estrita aplicação das regras de conexão dos DIPr's nacionais, que trazem soluções relativamente estanques e limitadoras das possibilidades de aplicação do direito e de solução de eventuais controvérsias, em transações comerciais cada vez mais sofisticadas do ponto de vista jurídico-econômico.<sup>101</sup>

No direito norte-americano,<sup>102</sup> por exemplo, existe a aplicação do princípio da proximidade da lei aplicável com a relação jurídica substantiva, ou do “interesse sério” na escolha do direito estatal aplicável. Exemplos de indícios desta proximidade ou do “interesse sério”: a existência de outras avenças entre as partes em que tenham designado a mesma lei, ou a definição da *lex contractus* do mesmo local definido na cláusula compromissória como o escolhido para a solução das controvérsias.<sup>103</sup> No Restatement of the Laws Second, Conflict of Laws, portanto, verificar-se-á, como critério, a existência de uma correlação subsistente entre a lei que seria aplicável na ausência de escolha e a lei efetivamente nomeada pelas partes.<sup>104</sup>

O critério do “interesse sério” na caracterização do princípio da proximidade poderia ser dispensado mesmo quando não há a dita “conexão objetiva” do negócio com a lei escolhida, porque o conceito de proximidade acaba-se tornando um conceito jurídico indeterminado, sujeito a toda sorte de interpretações, principalmente de terceiros

---

<sup>101</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 241.

<sup>102</sup> A interpretação deve ser feita a *contrario sensu*: **US RESTATEMENT OF THE LAW SECOND, CONFLICT OF LAWS – AMERICAN LAW INSTITUTE (1971) Chapter 8. Contracts Topic 1. Validity of Contracts and Rights Created Thereby Title A. General Principles SECTION 187. LAW OF THE STATE CHOSEN BY THE PARTIES (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, *unless either***

(a) the *chosen state has no substantial relationship* to the parties or the transaction and there is no other

(b) reasonable basis for the parties' choice, or (...)

<sup>103</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1143.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 1149-50.

(julgador/árbitro, no caso de conflito), o que acaba exigindo a ponderação com outros princípios fundamentais como a segurança do tráfego negocial ou das relações jurídicas.<sup>105</sup>

Jacob Dolinger assim resume as tendências atuais em relação ao princípio da proximidade: “a evolução da disciplina no plano internacional demonstra que, dar maior liberdade ao Juiz, para a escolha da lei aplicável, não tem assustado os legisladores e os organismos internacionais, que abraçaram a fórmula da lei mais próxima.”<sup>106</sup>

#### 1.2.4 Validade (*Lex Validitatis*), Efetividade (*L'effet Utile*) Ou *Favor Negotii*

Os princípios da validade (*lex validitatis*), da efetividade (*l'effet utile*) ou *favor negotii* podem ser considerados sinônimos, resumindo-se no seguinte adágio latino: *ut res magis valeat quam pereat*,<sup>107</sup> ou seja: em um negócio jurídico, as palavras devem ser entendidas de forma que o conteúdo ganhe mais efetividade e, com isso, seja minimamente desperdiçado.<sup>108</sup>

O princípio da validade também comporta subdivisão quanto ao aspecto formal e material do contrato. Quanto ao aspecto formal, significa a aceitação da multiplicidade formas, além da simples formulação da *locus regit actum*,<sup>109</sup> bem como o seu máximo aproveitamento em favor do conteúdo substantivo do negócio.

Quanto ao plano material, não há que se falar, portanto, em submissão da escolha das artes a uma validade pré-determinada pelo DIPr (aplicável no caso de ausência de escolha, por remissão), sob pena de limitar a própria validade e eficácia da escolha efetuada e, em última instância, enfraquecer o escopo da autonomia da vontade.<sup>110</sup>

O *favor negotii* (e, por decorrência, a autonomia da vontade), contudo, pode ser relativizado, por meio de ponderação, por outro princípio da “*uniformity of allocations*”,

<sup>105</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1145.

<sup>106</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 526.

<sup>107</sup> Em português, a tradução livre seria: É melhor a coisa valer que perecer. Sobre o desenvolvimento deste princípio e o seu acolhimento pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, vide YASSEEN, Mustafa Kamil. *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités*. In: *Recueil des Cours*, 151 (1976-III). p. 71 et seq.

<sup>108</sup> GOLDMAN, Berthold. *Nouvelles reflexions sur la lex mercatoria*. In: *Festschrift Pierre Lalive*. Basel, Frankfurt a.M. 1993, 241-255. p. 244.

<sup>109</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. A esse respeito, vide nossa exposição sobre o Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual do MERCOSUL (Buenos Aires, 1994), no item 1.5.2.5 (B), *infra*.

<sup>110</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1151.

traduzido no direito português como “harmonia internacional de soluções”, proposta pelo jus-internacionalista Wilhelm Wengler. Para ele, *apud* Luís de Lima Pinheiro, a solução deve envolver três esferas do Direito: a *lex fori*, a *professio iuris* e o DIPr que seria competente no caso de ausência de escolha. No caso de o DIPr remeter a solução para a *lex fori*, essa poderia limitar a *lex contractus* eleita pelas partes ou mesmo derrogar algumas de suas disposições no caso concreto.<sup>111</sup>

### 1.2.5 Dépeçage Material ou “*Mosaik-Method*”

Não bastasse a consagração da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, eis que surge, na evolução da disciplina do direito do comércio internacional, a possibilidade de as partes fragmentarem a submissão de matérias diferentes do mesmo estatuto contratual a diferentes leis. A tal possibilidade tem-se denominado *dépeçage* material ou método-mosaico.<sup>112</sup>

O primeiro desafio desta possibilidade é a própria vontade das partes. Como afirma Luís de Lima Pinheiro:

Com efeito, nem sempre se tratará da designação do Direito aplicável a uma parte do contrato. Em certos casos, as partes terão querido incorporar no clausulado contratual conteúdo jurídico de uma lei diferente da que rege o contrato, tratando-se, conseguinte, de uma mera *referência material*, feita no exercício da liberdade de estipulação da *lex contractus*. Noutros casos, tais referências podem constituir indícios de uma vontade, tacitamente manifestada, de submeter o contrato, na sua totalidade, ao Direito referido.<sup>113</sup>  
(grifos do original)

Diante desta afirmativa, resta saber se os contraentes, ao fazer referência a um único direito aplicável, estão incorporando aquele direito na sua integralidade ou se estão pretendendo, efetivamente, fazer uma restrição para os aspectos escolhidos. Responde o mesmo autor: “a existência de uma designação parcial não pode, por si, constituir indício de uma designação global. Dela resulta, a contrario, suporem as partes que os restantes aspectos do contrato estão submetidos a uma lei diferente.”<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> Ibid., p. 1150-1.

<sup>112</sup> Ibid., p. 1178.

<sup>113</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1182.

<sup>114</sup> Ibid., p. 1183.



Além disso, o *dépeçage* material possui duas vertentes, tanto de ordem objetiva quanto de ordem subjetiva.<sup>115</sup> O fracionamento dito objetivo, apesar dos problemas que suscita na administração e conciliação do “mosaico” de direitos aplicáveis, deve ser admitido em função das novas demandas do comércio internacional, em que há, como já dissemos, uma multilocalização da relação contratual, o respeito à vontade das partes e a adequação material. Não se deixa de objetar, contudo, que a plurilocalização não é uma justificativa para a separabilidade, mas para a autonomia da vontade quanto à não subordinação do contrato a uma lei específica ou à *lex fori*.<sup>116</sup> Seria irrazoável, porém, exigir que as partes do contrato que são “*détachable*” entre si por seus aspectos jurídico-econômicos distintos devam ser concretizadas através de uma pluralidade de contratos.<sup>117</sup>

Há doutrina que ainda é mais flexível: basta que seja mantida uma uniformidade lógica do contrato para que não surjam soluções aberrantes oriundas da sua interpretação. Ainda assim, podem surgir controvérsias em abstrato que não se confirmam no caso concreto e vice-versa.<sup>118</sup>

O ideal é que se faça uma pré-visualização do que poderá ou não ser separado, em nome da coerência, certeza e previsibilidade do direito aplicável ao contrato, tanto na sua execução quanto na eventual solução de controvérsias.<sup>119</sup> Quanto a eventuais resultados antinômicos do *dépeçage*, Lima Pinheiro propõe uma solução:

Fica reservada a *ineficácia* da designação parcial quando, à luz das circunstâncias do caso concreto, o fracionamento levar a resultados incompatíveis entre si. Mas nem todas as dessintonias entre as leis em presença geram uma absoluta incompatibilidade de resultados. A ineficácia da designação parcial só se imporá quando não for possível resolver a dificuldade no plano da interpretação dos Direitos materiais em presença.<sup>120</sup>  
(grifos do original)

Quando há a indicação de uma parte do contrato a um acervo especializado de normas jurídicas, tais normas devem constituir, minimamente, um *corpus iuris*, no sentido material, ou seja, precisam fazer um sentido mínimo entre si. É neste ponto que a *lex mercatoria* cumpre um papel fundamental, na medida em que, além de possuir natureza internacional, foi

---

<sup>115</sup> Ibid., p. 1184.

<sup>116</sup> Ibid., p. 1185.

<sup>117</sup> Ibid., p. 1185-6.

<sup>118</sup> Ibid., p. 1186.

<sup>119</sup> Ibid., p. 1186-7.

<sup>120</sup> Ibid., p. 1187.

sendo consolidada costumeiramente e possui princípios que não são autoexcludentes, mas sim ponderáveis entre si.<sup>121</sup>

O fracionamento subjetivo ocorre quando se separa a lei aplicável às matérias do contrato de acordo com a parte que vai cumpri-las. O Restatement of the Law Second, Conflict of Laws prevê, em sua seção 188,<sup>122</sup> a possibilidade de *detachment* material do contrato, através da aplicação do princípio da proximidade, como já vimos, mas em razão do disposto na lei do Estado para o qual houve o “envio” do conflito (pela regra de conexão), mas não é tão claro no que diz respeito à aplicação do método-mosaico pelos contratantes.<sup>123</sup>

### 1.2.6 Princípios Do Unidroit

O UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – foi criado em 1926 como um órgão auxiliar da Liga das Nações e, atualmente, possui 63 Estados-Membros aderentes ao seu Estatuto.<sup>124</sup> Em 1994, o UNIDROIT estabeleceu seus primeiros esforços de compilação dos princípios do comércio internacional que compõem a *lex mercatoria*.<sup>125</sup> Constituem uma ponte entre o Direito Internacional Privado e o *ius mercatorum* internacional,<sup>126</sup> na medida em que estabelece um “direito privado da sociedade

<sup>121</sup> Afinal, o método de interpretação ao lidarmos com princípios é o da ponderação, e não o da abrogação/derrogação, como ocorre no plano das regras. Ibid., p. 1187.

<sup>122</sup> **US RESTATEMENT OF THE LAW SECOND, CONFLICT OF LAWS – AMERICAN LAW INSTITUTE (1971) Chapter 8. Contracts Topic 1. Validity of Contracts and Rights Created Thereby Title A. General Principles SECTION 188. LAW GOVERNING IN ABSENCE OF EFFECTIVE CHOICE BY THE PARTIES**

(1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in s 6.

(2) In the absence of an effective choice of law by the parties (see s 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:

(a) the place of contracting,

(b) the place of negotiation of the contract,

(c) the place of performance,

(d) the location of the subject matter of the contract, and

(e) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

(3) If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in ss 189-199 and 203.

<sup>123</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1194-5.

<sup>124</sup> International Institute For The Unification Of Private Law. *The Unidroit: an Overview*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>125</sup> TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 319.

<sup>126</sup> Essa é, inclusive, a denominação que se dá aos usos e costumes do comércio, somados aos regulamentos das corporações e entidades mercantis e à “jurisprudência” comercial dessas associações de comerciantes no período

universal”, ou seja, um esforço da comunidade internacional em torno de direito uniforme dirigido, em prol da facilitação do tráfego do comércio internacional.<sup>127</sup> A jurisprudência arbitral, inclusive, tem levado em consideração tais princípios nos seus julgados, mesmo que não tenham sido eleitos pelas partes para a solução da controvérsia.<sup>128</sup>

Em 2004, foi lançada uma nova versão dos princípios UNIDROIT.<sup>129</sup> Logo no preâmbulo, quando trata dos objetivos do reconhecimento destes princípios, há uma menção direta da sua vinculatividade à *lex mercatoria*, ou melhor: quando se fizer referência nos contratos internacionais que esses serão regidos pela *lex mercatoria*, pode-se remeter implicitamente aos princípios do UNIDROIT, como podemos ver abaixo:

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (2004)<sup>130</sup> PREAMBLE (Purpose of the Principles)

These Principles set forth general rules for international commercial contracts.

They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.

They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like.

They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract.

They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.

They may be used to interpret or supplement domestic law.

They may serve as a model for national and international legislators.

(grifos nossos)

### 1.2.7 Incoterms

---

compreendido pela Idade Média. Sobre os aspectos históricos circunstanciais que conduziram à formação do *ius mercatorum*, vide, por todos, CLAVERO, Bartolomé. *Historia del derecho: derecho común*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1994. p. 48.

<sup>127</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 337.

<sup>128</sup> TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 319.

<sup>129</sup> Em linhas gerais, são esses os princípios albergados pelo UNIDROIT 2004, dentre outros: liberdade contratual; consensualidade (liberdade de forma e prova); força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*); respeito às normas imperativas; caráter interpretativo e supletivo dos princípios; internacionalidade e uniformidade; boa-fé e lealdade negocial; vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*); primazia dos usos e costumes; e *favor contractus* ou *favor negotii*. Para uma extensiva análise dos princípios do UNIDROIT 2004, vide GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Parte II, capítulo II.

<sup>130</sup> INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Unidroit: principles of international commercial contracts 2004*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

Os Incoterms (ou International Commercial Terms) são termos e regras criados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), utilizados no comércio global, principalmente nos contratos de compra e venda de mercadorias. Sua primeira versão data de 1936. Têm como principal objetivo a criação de cláusulas-padrão (*standards*) que facilitam a elaboração dos contratos e, principalmente, a uniformização do entendimento destas cláusulas entre compradores e vendedores.

Possuem, inclusive, respaldo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional), que os reconhece como *standards* para a clausulação e interpretação dos principais termos utilizados no comércio internacional. A última versão foi elaborada este ano.<sup>131</sup> Dentre as cláusulas mais conhecidas, presentes na maioria dos contratos do comércio internacional, incluem-se as cláusulas CIF (*cost, insurance and freight*<sup>132</sup>) e FOB (*free on board*<sup>133</sup>).

### 1.2.8 Pacta Sunt Servanda

O princípio do *pacta sunt servanda* é o princípio-mor de todo o Direito: os pactos são sagrados e, por isso, devem ser cumpridos. Está presente no cerne da *lex mercatoria* como um grande vetor interpretativo para a solução de controvérsias no comércio internacional.<sup>134</sup>

### 1.2.9 Rebus Sic Stantibus

O princípio *rebus sic stantibus*, materializado nas cláusulas dos contratos internos e internacionais, prevê que as condições de cumprimento do contrato devem-se manter estáveis e, no caso de mudança na situação econômica que cause desequilíbrio ou torne inexecutável o contrato para uma das partes, ele deverá sofrer ajustes, de modo a acompanhar a nova

---

<sup>131</sup> INTERBATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. 11 Incoterm 2010 rules. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/incoterms>>. Acesso em: 25.11.2010.

<sup>132</sup> Custo, seguro e frete pagos pelo exportador. Vide COLLYER, Wesley O. *Dicionário de comércio marítimo: termos e abreviaturas usados no comércio marítimo internacional*. Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed.: PETROBRÁS, 1991. p. 44.

<sup>133</sup> A mercadora deve ser disponibilizada pelo exportador/vendedor, livre de despesas, a bordo do navio. A partir daí, as despesas correm por conta do importador/comprador. *Ibid.*, p. 75.

<sup>134</sup> GOLDMAN, Berthold. Nouvelles reflexions sur la *lex mercatoria*. In: *Festschrift Pierre Lalive*. Basel, Frankfurt a.M. 1993, 241-255. p. 243.

realidade. A cláusula *rebus*, portanto, deve operar, em conjunto com o *pacta sunt servanda*, em favor da sobrevivência e do cumprimento dos contratos internacionais.<sup>135</sup>

### 1.2.10 Sinalagma

O princípio da relação sinalagmática prevê a existência de um equilíbrio entre prestação e contraprestação, no sentido de que, no momento da pactuação, uma das partes não pode possuir uma ascendência econômica sobre a outra, a ponto de impor uma relação contratual desproporcional a seu favor e em prejuízo da outra parte. A relação sinalagmática tem por objetivo a justiça ou correteza da relação contratual (a que a doutrina alemã denomina *richtigkeit*)<sup>136</sup>, e a legitimação de sua vigência.

A construção do contrato, portanto, é de fundamental importância na garantia deste equilíbrio. Teorias acessórias foram criadas para reforçar o sinalagma que deve haver entre as partes. Autoexecutoriedade, autocoerção e o progresso da relação compelem as partes à sua execução, e não ao rompimento.<sup>137</sup>

### 1.2.11 Boa-Fé

O princípio da boa-fé é de antiga aplicação no direito mercantil. As partes têm o dever de lealdade uma para com a outra, e rever as cláusulas contratuais, desde que surjam razões imperiosas como, por exemplo, condições inesperadas que dificultem sua execução (consequência da aplicação da cláusula *rebus*).<sup>138</sup> Além disso, é um princípio que sofreu grande evolução também no campo do direito interno, principalmente com o desenvolvimento do conceito de boa-fé objetiva.

Outrossim, tal princípio tem sofrido uma juspublicização, principalmente no campo do Direito Constitucional, sob a vertente do que tem se convencido chamar de confiança

---

<sup>135</sup> GOLDMAN, Berthold. Nouvelles reflexions sur la lex mercatoria. In: Festschrift Pierre Lalive. Basel, Frankfurt a.M. 1993, 241-255. p. 243.

<sup>136</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 648.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 665-6.

<sup>138</sup> GOLDMAN, Berthold. Nouvelles reflexions sur la lex mercatoria. In: *Festschrift Pierre Lalive*. Basel, Frankfurt a.M. 1993, 241-255. p. 243-4.

legítima, aplicável, por exemplo, na contratação do Estado com empresas privadas,<sup>139</sup> ou mesmo quando o Estado atua como se entidade privada fosse (como veremos no item seguinte e nos Capítulos 3 e 4), servindo como vetor interpretativo para as demais áreas do Direito, inclusive o Direito Internacional.

### 1.2.12 Relativização Do Princípio Da Imunidade De Jurisdição

Trataremos detidamente deste princípio e da sua relativização nos capítulos 3 e 4, em razão de sua importância processual e da crescente atuação do Estado como agente ativo do comércio internacional. O princípio da imunidade já tem sido, nas duas últimas décadas, relativizado perante os tribunais estatais, tendo a sua aplicabilidade afastada quando o Estado se engaja em atividades comerciais, consideradas como “*atti di gestione*”, como conceitua a doutrina italiana.<sup>140</sup> Quando se trata da jurisdição arbitral, todavia, tem-se aceito, sem maiores controvérsias, que o Estado e suas *instrumentalities* (empresas, agências, órgãos internos de fomento ao comércio internacional, dentre outros) possam-se submeter à jurisdição arbitral, não só por se engajar em atividades de natureza privada,<sup>141</sup> mas, principalmente, quando pactua cláusula compromissória e, mais ainda: quando há lei interna autorizadora que lhe permita pactuar tal cláusula e/ou participar de arbitragens internacionais.

### 1.2.13 Segurança Jurídica

A segurança jurídica é outro princípio *mater* do Direito. Possui projeção no Direito Internacional, através da preocupação com a confiança, certeza e previsibilidade das relações que compõem o tráfego jurídico-negocial. A segurança jurídica reforça o caráter vinculante do dever contraído pelas partes e ainda cria espaço para o favorecimento da autonomia privada.

---

<sup>139</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a oitava rodada de licitações. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 11-123. p. 55 et seq.

<sup>140</sup> Trataremos detidamente deste conceito, em contraposição aos chamados “*atti di imperio*”, no Capítulo 2, *infra*.

<sup>141</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 89-90.

Enfim, a segurança jurídica tem por objetivo garantir que os anseios das partes com a celebração do contrato sejam concretizados.<sup>142</sup>

Sob outro prisma, a transnacionalidade dos contratos e das práticas dos agentes do comércio internacional, a princípio, poderia remeter à ideia de insegurança jurídica, por conta da plurilocalização do negócio. Todavia, para acompanhar a multilocalização dos fatos (ou seja, dos agentes e da execução contratual), o DIPr, como vimos, flexibilizou os critérios de determinação da lei aplicável, privilegiando a autonomia da vontade. É neste ponto, portanto, que a segurança jurídica é restabelecida, por conta do realinhamento entre partes, objeto e direito aplicável – todos plurilocalizados.<sup>143</sup>

Desconsiderar esse reajuste, com a manutenção de um critério rígido para a definição da lei aplicável, com base no direito objetivo determinado pela *lex fori*, limita o papel do DIPr a uma visão jurisdicional da relação contratual, pois, só quando do surgimento do conflito, o órgão de aplicação do direito definiria a lei aplicável, o que significa dizer que da celebração até a solução de eventual controvérsia que surja de sua execução, o contrato ficaria “sem estatuto jurídico”, o que representa uma clara afronta ao princípio da segurança jurídica.<sup>144</sup>

#### 1.2.14 Equidade Ou *Ex Aequo Et Bono*

O princípio da equidade é um princípio geral de Direito, aplicado em qualquer relação jurídica, independentemente de pactuação dos contraentes. Está entre os princípios basilares da *lex mercatoria*.<sup>145</sup> Assim define Berthold Goldman:

Prima facie, cette clause dispense l'arbitre de se référer à toute règle de droit, quelle qu'elle soit; ainsi interprétée, elle ne désigne pas la *lex mercatoria*, dont on n'entend pas faire du non-droit, mais un ensemble, fût-il incomplet, de règles de droit. Mais il est légitime d'admettre que la référence à l'équité ou, sous une autre forme, la mission qui lui est conférée de statuer *ex aequo et bono*, doit conduire l'arbitre amiable compositeur à tenir compte des principes généraux du droit et des pratiques du commerce international; ainsi

<sup>142</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 647.

<sup>143</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 238.

<sup>144</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1142.

<sup>145</sup> TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

interprétée, la clause d'amiable composition peut être considérée comme désignant implicitement la *lex mercatoria*.<sup>146</sup>

Carmen Tiburcio menciona, contudo, que a cláusula de julgamento *via ex aequo et bono* era inserida nos contratos com o claro objetivo de remeter o julgador aos princípios do comércio internacional abrigados pela *lex mercatoria*, afastando a remissão a uma localização objetiva.<sup>147</sup>

Ainda que a cláusula da equidade tenha pedido força, em função da escolha da lei aplicável mais concreta (exercício da autonomia da vontade) ou que se aplique o direito estatal em função da indicação objetiva efetuada pela regra de conexão, o julgador deve harmonizá-los com todos os princípios que elencamos até aqui, porque fazem parte do arcabouço jurídico-material da *lex mercatoria*, reforçando-se, mais uma vez, que não é necessária a concordância explícita das partes.<sup>148</sup>

Por essa razão, todos os princípios aqui mencionados podem ser implicitamente invocados, porém não com menos relevância, para a interpretação das cláusulas dos contratos internacionais, instrumentos que passaremos a analisar na seção seguinte.

### **1.3 Contratos Internacionais: Instrumentos De Materialização Da *Lex Mercatoria* Por Excelência**

No direito interno, basicamente na doutrina clássica do Direito Civil, contrato é definido como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que se perfaz com o ajuste da vontade de duas ou mais partes, no sentido de estabelecer, alterar ou terminar uma relação jurídica.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> Tradução livre: À primeira vista, esta cláusula dispensa o árbitro de se referir a qualquer regra de direito, assim interpretada, e tampouco à *lex mercatoria*, que entendemos não ser uma ausência de direito, mas sim um conjunto incompleto de normas jurídicas. Todavia, é legítimo supor que a referência à equidade, ou de outra forma, à missão a ele confiada de decidir *ex aequo et bono*, conduz o árbitro, na função de *amiable compositeur*, a considerar os princípios gerais do direito e as práticas do comércio internacional, e assim interpretada, a cláusula de *amiable composition* (composição amigável) pode ser considerada uma designação implícita da *lex mercatoria*. GOLDMAN, Berthold. *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage Internationaux: réalité et perspectives*, *Journal du Droit International*. Clunet, 1979, p. 481.

<sup>147</sup> TIBURCIO, Carmen. op. cit; nota 145, p. 319.

<sup>148</sup> TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

<sup>149</sup> MURTA, Roberto de Oliveira. *Princípios e contratos em comércio exterior*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1. Orlando Gomes traz luz à teoria contratual, ao afirmar que “a idéia de contrato aplica-se em todas as ramificações do Direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem do concurso de vontades, seja qual for a sua modalidade ou a sua eficácia. Pode ser limitada, não obstante, ao campo do Direito Privado, designando-se por esse vocábulo o negócio jurídico bilateral que se apresenta em todas as partes do Direito Civil (...)”. Mais à



Jacob Dolinger informa que o qualificativo “internacional” para um contrato surgiu a partir de uma manifestação, em um caso concreto, no ano de 1927, da *Cour de Cassation* francesa. Para definir o critério de estraneidade, o elemento econômico subjacente seria determinante, e, como transcreve o autor, “este se caracterizaria pelo que denominou de ‘fluxo e refluxo através das fronteiras’”.<sup>150</sup>

Outras definições de contrato internacional foram tentadas. Uma delas pretendeu afirmar que o contrato internacional é aquele que está a serviço do fluxo do comércio internacional; outra, dizia que era o contrato que ia além das fronteiras da economia nacional. Críticas não faltaram a essas definições, na medida em que estabelecem conceitos jurídicos indeterminados, como “fluxo e refluxo” e “representar os interesses” do comércio internacional e “para além da economia interna”. Qual é o *turning point* em que podemos dizer que o contrato sai do âmbito da economia nacional e entra na internacional (em um mundo em que estas economias são imbricadas)? E o que seria comércio internacional? Também não se definiu.<sup>151</sup>

Portanto, ante as incertezas trazidas pelo critério econômico, a doutrina buscou desenvolver um conceito jurídico, tendo por base o local da celebração (*locus\_celebrationis*), o lugar de sua performance (*locus executionis*) e o objeto contratual: todos ou alguns destes fatores devem tangenciar mais de uma ordem jurídica.<sup>152</sup>

O critério jurídico, ainda que não seja perfeito, traz maior segurança para a determinação do conceito de contrato internacional, até porque carrega consigo o arcabouço jurídico-material da *lex mercatoria*. Podemos dizer mais: a vontade das partes também constitui forma de disciplina das relações contratuais, o que a doutrina portuguesa denomina de exercício do poder de “autorregulação ou de autoconformação” pelas partes.<sup>153</sup>

Na doutrina brasileira, encontramos as seguintes definições de contrato internacional, que procuram estabelecer uma visão conciliatória entre os elementos econômicos, jurídicos e espaciais da relação a ser regulada pelo contrato. Assim ensina Luiz Olavo Baptista:

---

frente, o autor trata do significado do contrato enquanto instrumento da relação jurídica ou a própria relação juridicamente considerada. “Não é pacífico o entendimento quanto ao significado da categoria designada pelo nome de *contrato*. Será, para alguns, o acordo de vontades necessário ao nascimento da relação jurídica obrigacional; para outros, a própria relação.” GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Atualizador: Humberto Theodoro Junior. p. 8 et seq.

<sup>150</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 224.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>153</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 641.

A conclusão é que uma relação jurídica, como já se viu, pode estar em contacto com mais de um sistema jurídico – através de qualquer um dos seus elementos: os sujeitos ou o objeto – ou apenas com um sistema jurídico. Se ocorrer a última hipótese, estaremos em presença de um contrato puramente nacional; se nos defrontarmos com a primeira, estaremos à face de um contrato (ou situação) absolutamente internacional. Assim, poder-se-ia concluir que o carácter internacional do contrato deve ser apurado perante o caso concreto. Esse exame determinará a intensidade ou importância relativa do elemento estrangeiro naquela relação jurídica, do ponto de vista econômico e jurídico, afastando o empirismo da verificação.<sup>154</sup>

Pronuncia-se também Irineu Strenger sobre as características jurídico-econômicas dos contratos internacionais:

(...) chega-se à convicção de que uma das notas características dos contratos internacionais é a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros dados de estraneidade, como o domicílio, a nacionalidade, a *lex voluntatis*, a localização da sede, o centro de principais atividades, e até a própria conceituação legal. Entretanto, os elementos concretos determinadores da natureza dos contratos não só podem ter uma gama de variações com maior amplitude, como estruturalmente o contrato pode revelar-se internacional pela sua essencialidade.<sup>155</sup>

O UNIDROIT, ao estabelecer os princípios que regem as relações contratuais internacionais, procurou definir o carácter internacional de um contrato de uma maneira muito aberta, de modo a excluir apenas aquelas situações nas quais não se verifiquem qualquer elemento de estraneidade – ou seja, todos os elementos da relação contratual estão vinculados a apenas um país, o que caracterizaria um contrato regido pelo direito interno. Vejamos:

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (2004)<sup>156</sup> UNIDROIT Principles COMMENT

1. “International” contracts

The international character of a contract may be defined in a great variety of ways. The solutions adopted in both national and international legislation range from a reference to the place of business or habitual residence of the parties in different countries to the adoption of more general criteria such as the contract having “significant connections with more than one State”, “involving a choice between the laws of different States”, or “affecting the interests of international trade”.

<sup>154</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 23.

<sup>155</sup> STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996. p. 111.

<sup>156</sup> INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2004*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

The Principles do not expressly lay down any of these criteria. The assumption, however, is that the concept of “international” contracts should be given the broadest possible interpretation, so as ultimately to exclude only those situations where no international element at all is involved, i.e. where all the relevant elements of the contract in question are connected with one country only. (grifos nossos)

Há divergência em doutrina, contudo, sobre se o contrato é, por si só, uma fonte de direito, ou se concretiza as outras fontes contidas na *lex mercatoria* (vide Seção 2.1), e por elas é condicionado, quanto à produção de seus efeitos.<sup>157</sup> Luís de Lima Pinheiro faz uma colocação interessante a esse respeito:

Problema diferente é o suscitado por quem entende que a encarar a relação negocial como um ordenamento jurídico, por vezes com a ligação com a idéia de auto-efetivação (self-enforcing). Uma coisa é o desejo de tudo prever no contrato, de exaustividade, e outra é a pretensão de subtrair a todo o Direito Positivo a pretensão de auto-suficiência e independência relativamente a qualquer poder heterônomo de regulação.<sup>158</sup>

Ressalta o autor português, contudo, que é minoritária a corrente que considera o contrato em si mesmo como direito autônomo ou como a coroação máxima da autonomia da vontade. A maioria dos autores considera-o como ato jurídico derivado, em que direitos, poderes e deveres são determinados com base em algum direito positivo.<sup>159</sup>

Apesar de a corrente autonomista<sup>160</sup> não ser majoritária, não seria absurdo admitir que os contratos internacionais sofram um tratamento particularizado no direito interno, em prol de uma maior liberdade de estipulação. Nesse passo, a *lex mercatoria*, considerada como ordem jurídica autônoma ou acessória, cumpre papel elemental.<sup>161</sup>

Para defender tal “privilégio”, devemos pensar em determinadas cláusulas específicas do contrato internacional, como, por exemplo, a cláusula compromissória, a *rebus sic stantibus* e a cláusula de redeterminação, dentre outras. Tais cláusulas possuem regime interpretativo próprio, quando considerados os elementos de estraneidade. Desta forma, é

<sup>157</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 642-3.

<sup>158</sup> Ibid., p. 643.

<sup>159</sup> Nos dizeres de Luís de Lima Pinheiro : “Em qualquer dos casos, os preceitos contratuais passam a constituir um regime especial dentro da ordem jurídica em causa, ficando excluído o controle da sua validade perante outros preceitos de igual escalão. Por si esta técnica não obsta que as leis posteriores venham incidir sobre a disciplina da relação contratual, quando tal resulte do Direito Intertemporal aplicável. Mas também a autonomia genericamente permitida está sujeita à mesma contingência.” Ibid., p. 663.

<sup>160</sup> Ibid., 677.

<sup>161</sup> Ressalte-se, contudo, que esta visão autonomista não corresponde à tese da autonomia universal, à qual aludimos quando tratamos do princípio da autonomia da vontade. Ibid., p. 664.

justo considerar, por uma questão de unidade interpretativo-sistemática, que se possa recorrer à *lex mercatoria* para o aporte de soluções para as controvérsias que eventualmente surjam.<sup>162</sup>

De fato, a experiência do comércio internacional demonstra que muitas questões são solucionadas ao largo da interferência dos direitos estatais.

### 1.3.1 Modalidades De Contratos Internacionais

Os sujeitos ou agentes do comércio internacional compõem a chamada “comunidade internacional de negócios” que produz, periodicamente, novas formas, meios ou veículos para a consecução das transações internacionais. O principal destes mecanismos de viabilização do comércio internacional é a elaboração de *standards*,<sup>163</sup> ou seja, modelos-padrão de contratos internacionais e de suas cláusulas.<sup>164</sup>

Para designar esse direito criado pelos agentes do comércio internacional e pelas organizações internacionais ou entidades associativas, a doutrina desenvolveu o conceito de *Soft Law*,<sup>165</sup> ou “direito flexível”, que não possui a cogência ou a vinculatividade do direito estatal, mas sim conta com a boa-fé e a cooperação na conduta prática os agentes do comércio internacional. Segundo Lauro Gama Jr., seriam as seguintes as características desse direito:

1. normas, jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga, ou de noções com conteúdo variável ou aberto, ou que apresentam caráter de generalidade ou principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras;
2. normas que prevêm, para os casos de descumprimento, ou para a resolução de litígios delas resultantes, mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, à exceção da adjudicação;
3. atos concertados, produção dos Estados, que não se pretendem sejam obrigatórios. Sob diversas formas e nomenclaturas, esses instrumentos têm em comum uma característica negativa: em princípio, nenhum deles consiste em tratado.
4. as resoluções e decisões dos órgãos das organizações internacionais, ou outros instrumentos por elas produzidos, e que não são obrigatórios;

<sup>162</sup> Ibid., p. 665.

<sup>163</sup> Podemos citar, por exemplo, em relação às cartas de crédito, o trabalho realizado pela CCI na elaboração do *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (UCP), cuja primeira versão data de 1933 e a última, sua sexta revisão, é chamada UCP 600. Estima-se que entre 10 (dez) a 15% (quinze por cento) do fluxo do comércio internacional se utiliza de cartas de crédito como meio de pagamento, o equivalente a US\$ 1 trilhão por ano.

<sup>164</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 91.

<sup>165</sup> GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 246.

5. instrumentos preparados por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas.<sup>166</sup>

Vemos o enquadramento dos contratos internacionais especialmente na definição nº 5 do conceito de *Soft Law*. Muitos modelos de contratos internacionais são patrocinados por organizações internacionais de fomento ao comércio internacional, como a UNCITRAL, o UNIDROIT, a CCI, e a AIPN (no campo do petróleo), dentre muitas outras. Tais modelos, seguramente, são fonte originária que alimenta e são retroalimentados pela *lex mercatoria*, uma vez que, integrando-a, passam a tornar-se independentes dos direitos nacionais e dotados de autoexecutoriedade.<sup>167</sup>

### 1.3.1.1 Contrato de Compra e Venda Internacional

O contrato de compra e venda internacional é uma modalidade relativamente simples, pois estabelece direitos e deveres do vendedor (proponente ou exportador) e do comprador (proposto ou importador) em relação a um objeto que será transacionado (mercadoria ou bem), mediante paga, situação na qual a relação jurídica se perfaz.<sup>168</sup>

### 1.3.1.2 Contrato de Representação ou Agenciamento Internacional

Tal espécie de contrato internacional é caracterizada pela contratação de outra pessoa para agir em nome do representado, de acordo com o que for estabelecido no contrato: venda de produtos, prestação de serviços, dentre outros, nos diversos mercados estrangeiros pré-

---

<sup>166</sup> GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 247.

<sup>167</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 92.

<sup>168</sup> Roberto Murta assim classifica o contrato de compra e venda internacional: “Em termos jurídicos, o contrato de compra e venda internacional é classificado como: Consensual. Devido ao fato de ser estabelecido com base na vontade e no consentimento mútuo das partes envolvidas; Bilateral. Uma vez realizado o acordo, surgem direitos e obrigações para ambos os contratantes: para o exportador, a obrigação de transferir a propriedade do objeto negociado ao importador, e para este a obrigatoriedade de pagar pelo objeto; Oneroso. Por gerar obrigações de ordem financeira para ambas as partes intervenientes, como ocorre em qualquer tipo de transação comercial; Comutativo. Sempre que seu objeto puder ser considerado certo, seguro e definido. Ocasionalmente, contudo, poderá assumir um caráter aleatório, caso o transportador não disponha, fisicamente, no momento da formação do contrato, do objeto contratual; Típico. Por ser um ato juridicamente regulamentado por diploma legal específico.” MURTA, Roberto de Oliveira. *Princípios e contratos em comércio exterior*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1 e 3-4.

acordados. Constitui uma variante do contrato de compra e venda internacional, com o detalhe de que existe intermediação entre comprador e vendedor pelo agente internacional e, para que a consecução da transação internacional, é necessária a celebração de um contrato de compra e venda entre importador e exportador.<sup>169</sup>

### 1.3.1.3 Contrato de Arrendamento Mercantil (*Leasing*)

O objeto do contrato de arrendamento mercantil é uma espécie de locação de máquinas, veículos ou diversos tipos outros de maquinário, mediante paga pré-ajustada entre arrendador (*leaser*) e arrendatário (*leased or leaseholder*) a prazo certo, ou, ainda, com taxa pré-estabelecida sobre a margem de lucro do arrendatário. As partes em uma relação de *leasing* podem envolver duas ou mais pessoas jurídicas ou pessoas físicas e jurídicas.<sup>170</sup>

O autor Roberto Murta classifica o contrato de arrendamento em dois tipos principais: *leasing* financeiro e *leasing* de retorno ou *lease back*.

O *leasing* financeiro geralmente é praticado por empresas que possuam, por objeto social, a prática do arrendamento. Significa que a empresa adquire bens para locá-los a outras empresas mediante remuneração por tempo determinado e com a cláusula suspensiva de que, decorrido o prazo, o *leaseholder* pode comprar o bem, ou o contrato se encerra. O *leasing* de retorno ou *lease-back* é mais sofisticado, pois se traduz na seguinte operação: uma empresa possui determinados bens e efetua sua venda a outra. A compradora, então, faz o *leasing* dos bens adquiridos àquela empresa que os vendeu. Por isso é considerado um *leasing* de retorno. O objetivo desta operação, basicamente, é o de gerar fluxo de caixa imediato para a empresa vendedora/arrendatária, desmobilizando parte de seus ativos fixos, quando se encontra em dificuldades financeiras ou possui um ativo imobilizado muito elevado.<sup>171</sup>

### 1.3.1.4 Contrato de Faturização ou Faturamento (*Factoring*)

---

<sup>169</sup> Ibid., p. 125.

<sup>170</sup> Ibid., p. 161.

<sup>171</sup> MURTA, Roberto de Oliveira. Princípios e contratos em comércio exterior. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 162-3.

O contrato de faturamento é aquele em que uma empresa (faturizado ou *factored*) cede a outra (faturizadora ou *factorer*) os créditos que têm a receber, mediante adiantamento imediato desta quantia, porém pagando um estipêndio à cessionária. Ultimamente, este contrato passou a ser considerado um contrato de financiamento empresarial,<sup>172</sup> em função do adiantamento de capital que a faturizadora efetua em favor da faturizada que, com isso, também ganha capital de giro e transfere parte do risco de inadimplência de seus recebíveis.

#### 1.3.1.5 Contrato de Franquia (*Franchising*)

O contrato de *franchising* já é bastante difundido no Brasil, mas sua origem se dá na prática realizada em outros países, que foi transplantada para a realidade negocial interna. Consiste na cessão de marcas de grande renome no mercado a pessoas físicas, que ficam autorizadas a constituir uma empresa usando a referida marca, o que permite sua expansão e a formação de verdadeiras redes ou cadeias de lojas ou prestadoras de serviços. As partes neste contrato são o franqueador (*franchiser*) e o franqueado (*franchisee*). Como regra, existe cláusula contratual de exclusividade no fornecimento, suprimento, apoio logístico e instruções para a venda ou prestação dos serviços.<sup>173</sup>

#### 1.3.1.6 Contrato de Transferência de Tecnologia (*Technology Transfer* ou *Know-How*)

O contrato de *technology transfer*, bastante conhecido no Brasil como transferência de *know-how*, também foi importado das práticas estrangeiras e do comércio internacional, e constitui-se de instrumento através do qual uma empresa autoriza outra a tomar conhecimento de seus direitos exclusivos, ou mesmo confidenciais, sobre determinadas tecnologias que a autorizadora possui, para que a autorizatária possa utilizar, desenvolver ou aprimorá-las, mediante paga. Esse pagamento é conhecido como *royalties*, calculados sob a forma de

---

<sup>172</sup> Ibid, p. 181.

<sup>173</sup> MURTA, Roberto de Oliveira. Princípios e contratos em comércio exterior. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 192.

percentual em cima do lucro sobre a produção ou da renda gerada pela prestação de serviços com base nesta tecnologia.<sup>174</sup>

### 1.3.1.7 Contrato de Exportação de Serviços

O contrato de exportação de serviços é uma tentativa por parte de uma empresa de aumentar seu *market share* internacional. Pode ser considerada uma modalidade mais específica de contrato de compra e venda internacional, uma vez que não são exportados bens, ou seja, não há uma transferência material de mercadorias, mas sim de prestações de natureza intangível, fruto da operação intelectual humana. Como pontua Roberto Murta, “(...) costuma-se chamar as exportações de serviços de “exportações invisíveis”, as quais, atualmente, compõem uma parcela considerável na pauta de exportações brasileiras e vêm-se avolumando progressivamente.”<sup>175</sup>

### 1.3.1.8 Contrato de *Drawback*

O contrato de *drawback* tem como grande razão de celebração a concessão de isenção, suspensão ou restituição tributária dada pelos países à exportação de mercadorias, para a aquisição de matérias-primas no exterior, com o objetivo de agregar valor ao produto exportado e, com isso, aumentar as receitas do país com a exportação e o lucro da empresa exportadora.<sup>176</sup>

As partes deste contrato são o importador-produtor dos bens que serão exportados e o exportador localizado no exterior. Para que o produtor receba o benefício tributário, deverá seguir determinados requisitos, dentre eles a identificação e quantificação das mercadorias importadas sob o regime de *drawback*, a individualização dos bens que serão exportados e o compromisso de exportá-los dentro de um prazo definido. Geralmente, por haver questão tributária envolvida, as alfândegas dos países possuem modelos de contrato padrão ou de

---

<sup>174</sup> Ibid., p. 213-4.

<sup>175</sup> MURTA, Roberto de Oliveira. Princípios e contratos em comércio exterior. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 250.

<sup>176</sup> Ibid., p. 251.



formulários em que o importador informa sua intenção de enquadramento no regime de *drawback*, nomeia as partes envolvidas e os responsáveis pela documentação.<sup>177</sup>

### 1.3.1.9 Contrato de Associação, de Empreendimento Conjunto ou Empreendimento Comum (*Joint-Venture*)

Marilda Rosado traz definição do *Thesaurus of International Trade Terms* de que as *joint ventures* constituem uma união de esforços entre empresas nacionais ou de nacionalidades diferentes em torno de um empreendimento econômico específico que desejam perseguir.<sup>178</sup> A autora afirma, todavia, que esta definição não é suficiente para delimitar sua extensão, pois, para ela:

A definição de *joint venture*, que é um instrumento comercial complexo, tem alcance limitado, tanto por razões históricas como pelo fato de poder enquadrar-se na legislação do país de origem ou na do país de sua atuação, caso esta seja de natureza cogente. Assim, sua noção encadeia-se à de outros institutos jurídicos, sem com eles confundir-se. Além disso, a *joint venture* pode dar-se nos diferentes estágios de internacionalização das empresas. A definição abrange, entre outros, consórcios, consórcios de exportação, grupos de *marketing* de exportação, sociedades anônimas ou sociedades limitadas formadas sob a lei do país de atuação, *uniones transitorias de empresas*, *joint operating agreements* e outros.<sup>179</sup> (grifos do original)

Portanto, o contrato de *joint-venture* ou associação para empreendimento conjunto pode servir a uma série de finalidades que albergam objetos contratuais das modalidades anteriores, mediante parcerias, aportes de capital via mercado de ações, parceria entre Estados e empresas transnacionais etc.<sup>180</sup>

### 1.3.2 Cláusulas-tipo dos Contratos Internacionais

<sup>177</sup> GUCK, Leslie Adam. *Guide to United States customs and trade law after the Customs Modernization Act*. 3. ed. Frederick: Aspen Publishers, 2008. p. 63-4.

<sup>178</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 103.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 103-4.

<sup>180</sup> MURTA, Roberto de Oliveira. *Princípios e contratos em comércio exterior*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 231.

Vimos, anteriormente, algumas espécies de contratos-tipo do comércio internacional. Agora, analisaremos algumas cláusulas-padrão<sup>181</sup> destes contratos, bem como outras que são específicas dos contratos de natureza internacional.

Dentre as cláusulas-tipo ou correntes dos contratos internacionais, podemos citar as seguintes:

- (1) Identificação e qualificação das partes;
- (2) Definição do objeto contratual;
- (3) Escolha da moeda a ser utilizada e a forma de pagamento;
- (4) Condições para a execução do objeto;
- (5) A instituição financeira envolvida na transação;
- (6) Relação da documentação necessária para a consecução do negócio;
- (7) A forma de garantia a ser pactuada;
- (8) Cláusula penal para os casos de inadimplemento parcial ou total do objeto;
- (9) Responsabilidade acessória das partes quanto à performance da prestação do objeto/serviço;
- (10) Quaisquer outras cláusulas específicas que reforcem a execução e a certeza de cumprimento do objeto contratual.

Além das cláusulas genéricas, comuns a quase todas as modalidades de contratos internacionais, existem cláusulas específicas, como as que definem o regime jurídico aplicável ao contrato, que são objeto deste trabalho: a escolha da *lex contractus* (ou *professio iuris*), a que já aduzimos, e as cláusulas de solução de controvérsias, como a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória, conforme veremos no Capítulo 5.

### 1.3.3 Contratos com o Estado

Os contratos com o Estado constituem um mundo à parte, na medida em que a relação contratual acaba sendo condicionada por questões *ratione personae*, ou seja, o Estado carrega à relação contratual determinados “privilégios” se comparados ao particular, como a invocação do seu poder de império e o estabelecimento do que em Direito Administrativo se denominam “cláusulas exorbitantes”, que dão determinadas prerrogativas unilaterais para o Estado em detrimento da própria relação contratual e dos interesses privados.

Além disso, o Direito Internacional Público também não dispensou maior tratamento a esta matéria, apesar da sua grande relevância. Como veremos nos capítulos 3 e 4,

---

<sup>181</sup> Ibid., p. 6.

especialmente em relação à questão processual da imunidade de jurisdição, que sempre foi encarada como um privilégio processual do Estado frente a particulares e mesmo em relação a outros Estados, em função de uma noção rígida de soberania, vem sido disciplinada, na rarefação de Direito Internacional Uniformizado na matéria, pelos direitos internos dos países.<sup>182</sup>

Por isso, há em doutrina uma teoria que advoga que os contratos com o Estado, quando envolvendo parte privada não-nacional, também devem ser considerados contratos internacionais, especialmente quando se trata de objeto contratual inserido em atividades intrinsecamente ligadas ao comércio ou ao investimento internacional, como, por exemplo, na indústria do petróleo. Há quem defenda, todavia, que estes contratos não seriam contratos internacionais em seu sentido puro: seriam contratos “quase internacionais” (*quasi international agreements*) ou “contratos internacionais econômicos”, em função da presença do Estado como contratante e de seus objetivos serem diferentes dos que almejam as partes privadas, como, por exemplo, o desenvolvimento econômico do país.<sup>183</sup>

Outra questão fundamental é: qual é a *lex contractus* aplicável aos contratos com o Estado? Os jusinternacionalistas tendem a entender que a lei seria a do próprio Estado contratante justamente em função da questão da soberania: entre submeter-se à sua lei nacional e à lei de outro Estado, o Estado preferirá optar pela sua.<sup>184</sup> Esta posição considera que o poder do Estado é inferior o poder econômico das grandes empresas transacionais.

Ocorre que esta posição encontra três ponderações:

- (1) a desconsideração, pelo Direito Internacional Público (DIP), do desenvolvimento da *lex mercatoria*, que representa uma ordem jurídica anacional, e, portanto, a ela poderia recorrer-se com imparcialidade;
- (2) a noção de soberania estatal foi bastante relativizada nos últimos tempos, principalmente quando consideramos que, quando lidamos com princípios – e a soberania é um princípio do *jus cogens*<sup>185</sup> –, o método é de ponderação, e não de sobreposição, uma vez que não possuem hierarquia entre si, mas sim valoração tópica; e
- (3) toma-se por pressuposto a “fraqueza” do Estado perante os agentes transnacionais, mas o que se verifica, conforme dissemos, é que o Estado possui determinados privilégios concedidos tanto pelo DIP quanto pelo seu direito interno (Direito Administrativo) e que o cenário que se previa com a globalização, de enfraquecimento e minimalização do papel do Estado, não

<sup>182</sup> MELLO, Celso de Albuquerque. Contratos entre Estados e empresas estrangeiras. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1977. p. 180.

<sup>183</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Solução de controvérsias na indústria do petróleo. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 378.

<sup>184</sup> A esse respeito, vide MELLO, op. cit., nota 182, p. 175-87.

<sup>185</sup> Aqui, usamos a expressão no sentido de direito das gentes do Direito Internacional Público.

se tem verificado, especialmente após a grande crise ocorrida no ano de 2008, que teve a mesma magnitude que o *crash* de 1929 e exigiu as mesmas medidas: a intervenção do Estado na ordem econômica e o fortalecimento do seu papel, para salvar os mercados e os agentes privados.

Quando as partes privadas têm liberdade de negociação com o Estado (muitas vezes isto não ocorre, porque o Estado, por suas normas de direito interno, está obrigado a seguir um procedimento de contratação previamente estabelecido pela sua lei interna e, portanto, ato jurídico plenamente vinculado), costuma-se pactuar o que a doutrina chama de “cláusula de estabilização”<sup>186</sup>, ou seja: o contrato e o modelo regulatório que lhe dá suporte permaneceriam os mesmos desde a assinatura até o término do contrato, o que nada mais é do que a garantia dos princípios existentes no plano internacional e interno da segurança jurídica e dos direitos adquiridos.<sup>187</sup> Todavia, apesar de se poder garantir que o instrumento contratual e seu objeto sejam os mesmos ao longo de todo o seu período de execução contratual, é virtualmente impossível exigir que a regulação com o qual ele se enfeixa<sup>188</sup> – especialmente as normas exaradas pelos entes reguladores dos Estados – seja mantida a mesma por tanto tempo, em função das necessidades de aprimoramento e de acompanhamento da realidade do mercado, que evolui a passos largos.

Por fim, merece destaque a necessidade de haver uma elaboração muito cuidadosa da cláusula de solução de controvérsias nos contratos no Estado, da qual trataremos especificamente no Capítulo 5, quando fizermos o estudo de caso do contrato de concessão da

---

<sup>186</sup> MAGALHÃES, José Carlos de Almeida. Do estado na arbitragem privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 69-70.

<sup>187</sup> Estes foram os argumentos utilizados pelo governo brasileiro, através de Resolução do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, quando da retirada de 41 (quarenta e um) blocos na chamada “camada pré-sal” da Nona Rodada de Licitações para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás no Brasil e na elaboração do novo marco regulatório para estas áreas, baseado no modelo de partilha de produção: o modelo de concessão e os contratos já firmados não sofreriam qualquer alteração em seu regime regulatório. **CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA RESOLUÇÃO Nº 6, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2007**. Publicada no Diário Oficial da União – Seção 1, de 14 de novembro de 2007, p. 24. Estabelece diretrizes específicas para a realização da 9ª Rodada de Licitações de blocos exploratórios da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, e dá outras providências. (...) Art. 3º. Determinar a rigorosa observação dos direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, relativos às áreas concedidas ou arrematadas em leilões da ANP. (grifos nossos)

Art. 4º. Determinar ao Ministério de Minas e Energia que avalie, no prazo mais curto possível, as mudanças necessárias no marco legal que contemplem um novo paradigma de exploração e produção de petróleo e gás natural, aberto pela descoberta da nova província petrolífera, respeitando os contratos em vigor. (grifos nossos)

<sup>188</sup> A esse respeito, afirma A. MANIRUZZAMAN com toda propriedade: “It is a common characteristic that concession contracts consist of a mixed legal regime of contractual and statutory or regulatory provisions. There has been a great controversy as to whether the private law or contractual elements take precedence over public law or statutory elements and should be called a private law contract and vice versa. For sure, the fact that concession agreements are governed by statutory rules or regulatory clauses in conjunction with the contractual provisions does not affect their contractual nature.” MANIRUZZAMAN, A. F. M. The new generation of energy and natural resource development agreements: some reflections. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 11, issue 4, 1993, p. 207-47. p. 236. Trataremos mais detidamente deste aspecto no Capítulo 5, infra.

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás no Brasil. Para o momento, cabe apenas especificar que uma cláusula mal redigida pode significar, para o investidor internacional, ou mesmo o nacional, que a discussão demore anos no Poder Judiciário, quando poderia ser expeditamente resolvida por meio da arbitragem internacional.

#### **1.4 Inter-Relações Entre A Lex Mercatoria E O Direito Internacional Privado: Seria Ela Sinônimo De Direito Do Comércio Internacional Ou De Direito Transnacional?**

Depois de tratarmos das fontes da *lex mercatoria*, analisarmos os princípios que a compõem e tratarmos da sua forma de materialização por excelência – o contrato internacional – teremos mais embasamento para perquirir a respeito de sua natureza jurídica.

Desde os primórdios do comércio internacional, surgiram os primeiros conflitos na determinação da lei aplicável nos casos em que as relações comerciais transcendiam as fronteiras da jurisdição local. Aí temos o surgimento do objeto do que hoje chamamos de Direito Internacional Privado, denominado nos países do *Common Law* como “*Conflict of Laws*” ou Direito do Conflito de Leis. O DIPr tem como objeto principal a determinação da lei aplicável quando há a interseção de dois ou mais ordenamentos para a solução de um conflito surgido em uma situação fática (conflitos espaciais).<sup>189</sup>

Por outro lado, o DIPr possui uma ligação muito forte com o direito estatal, uma vez que suas normas são de fonte interna e remetem a outras normas do direito interno de outro Estado (o prefixo “inter”, significando “entre”, denota este caráter de relação Estado-Estado), o que traz consigo a ideia de localização a relação jurídica e, conseqüentemente, sua submissão ao ordenamento jurídico de um Estado em particular.<sup>190</sup> Interessante notar que a disciplina possui suas origens no comércio internacional, notadamente no comércio desenvolvido no Mar Mediterrâneo e nas feiras dos Flandres, mas tem-se afastado das matérias comerciais e passado a regular mais as questões de direito civil no plano internacional, como o direito de família e o sucessório.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> Vide, a esse respeito, DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2 et seq.

<sup>190</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 32.

<sup>191</sup> *Ibid*, p. 4

A *lex mercatoria*, por outro lado, tem como noção principal a ideia de uma ordem jurídica livre, que tem por objetivo atender às necessidades peculiares do comércio internacional. Há, todavia, controvérsias sobre essa liberdade ou autonomia, principalmente no que tange a reivindicação, para si, da ausência de conexão com qualquer ordem jurídica estatal e de constituir um sistema próprio de normas com limites bem estabelecidos, o que não é fácil defender.<sup>192</sup>

Sobre a natureza jurídica da *lex mercatoria*, seria ela um ordenamento jurídico autônomo<sup>193</sup> ou acessório do DIPr? Tendemos a pender para a primeira alternativa.<sup>194</sup> Há que se considerar que a *lex mercatoria*, com todas as suas fontes e seu desenvolvimento histórico secular, pelos agentes ou sujeitos do comércio internacional, constitui uma ordem sistêmica, composta por princípios (como vimos anteriormente), regras formuladas por entidades internacionais e derivadas de usos e costumes,<sup>195</sup> instrumentos do comércio internacional,

---

<sup>192</sup> Ibid., p. 35.

<sup>193</sup> Temos ciência das críticas existentes à autonomia e, principalmente, do caráter supranacional da *lex mercatoria*. Valerio Mazzuoli traz a opinião de pelo menos dois autores brasileiros que o rejeitam: José Carlos de Magalhães, que a considera um conjunto normativo que corre *ad latere* do direito estatal, não podendo ser aplicada pelos tribunais nacionais em função do princípio da soberania e que, por isso, está intimamente ligada à arbitragem; e Hermes Marcelo Huck, que invoca a tendência histórica de codificação do direito e que o direito criado por uma categoria de indivíduos, sem a chancela estatal, vai contra a liberdade criadora e democrática da sociedade internacional, que não comportaria a imposição de um direito de “classe”- a dos comerciantes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A nova *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional (um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde). *R. Ibero-Americana de Direito Público*. Rio de Janeiro, a. III, n. 8, p. 251–270, abr./jun. 2002. p. 259 (nota 30) e p. 269-70. Em que pese tais posicionamentos, consideramos ambos inconsistentes. O primeiro, porque se calça em uma noção de soberania estatal que vem sendo progressivamente relativizada; e o segundo, porque parte do pressuposto da codificação e a produção normativa estatal como fonte primordial do direito; e de que haveria uma “imposição” de regras de uma comunidade particular à sociedade internacional, enquanto o que há, na verdade, é a autorregulação dessa comunidade e a adoção de normas que vinculam aos próprios atores. Crítica mais consistente, contudo, é apresentada por Irineu Strenger no escol da doutrina de Antonie Kassis em sua obra “Théorie générale des usages du commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, *lex mercatoria*” que, ainda assim, é reputada pelo internacionalista brasileiro como “raciocínio artificial, ou sofisma que não pode convencer ninguém”; “rígida ortodoxia”; que o autor “se baseia em situações excepcionais e não avalia a questão em sua real amplitude”. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996. p. 123 e 125.

<sup>194</sup> Ibid. p. 79-81. Irineu Strenger usa a palavra “metanacional”. O prefixo meta, nesse caso, significaria “além” ou “transcendência” sobre os direitos nacionais, enquanto a doutrina francesa menciona a palavra supranacional, em que o prefixo supra, nesse caso, significaria “posição acima, em cima ou por cima”; “superioridade”, o que, na prática, constitui sinonímia, como confirma o autor: “Como a *lex mercatoria* é uma realidade, somente pode haver controvérsia em torno de sua natureza, mas é incontestável o fato de que sua incursão se realiza acima e além das fronteiras nacionais, criando, de modo mais ou menos completo, um conjunto de regras observáveis em maior ou menor dose, segundo o seu campo de aplicação.” (grifos nossos) Em sede de argumentação, poderíamos considerar que a palavra metanacional é mais adequada para designar o aspecto consuetudinário de direito internacional uniforme espontâneo das fontes da *lex mercatoria* (no sentido de além ou *a latere* dos direitos nacionais), que só passaria a ter caráter supranacional quando adotada formalmente pelos Estados através do Direito Convencional, tornando-se, portanto, direito internacional uniformizado e, portanto “superior” ao direito interno, o que esbarra também na questão da qualificação no conflito de fontes interna e internacional: dualismo, monismo ou monismo moderado, à qual já aludimos.

<sup>195</sup> O grande expoente da Escola Histórica do Direito foi Friedrich Karl von Savigny, em um primeiro momento, procurou fazer uma releitura do direito romano aplicado às relações sociais, econômicas e culturais da Alemanha do século XIX. Para Savigny, o direito deveria refletir os usos, costumes e práticas então vigentes em um

como os contratos internacionais, além de sua clausulação particularizada, composta de uma estrutura que descreve as necessidades específicas da prática comercial internacional. Portanto, para esse plano de relações jurídicas, mais desenvolvida e testada que qualquer ordenamento localizado, inclusive contando com a existência de um eficiente sistema de solução de controvérsias cujo embrião deu-se em seu seio: a arbitragem internacional.<sup>196</sup> Constitui, nos dizeres de Lima Pinheiro, um verdadeiro “direito objetivo do comércio internacional”.<sup>197</sup>

A partir da verificação da existência desse “direito objetivo”, cunhou-se, para a *lex mercatoria*, uma disciplina específica, chamada “Direito do Comércio Internacional”. Como noticia Carmen Tiburcio, seu surgimento formal aparece com diversas nomenclaturas, fruto de diversos trabalhos de renomados internacionalistas sobre a matéria: “*Précis de Droit International Privé Commercial*”; “*Le Droit Commercial International*”; “*Diritto Internazionale Commerciale*”; “*Droit du Commerce International*”; “*Le Droit International des Affaires*”; “*Transnational Commercial Law*”; “*Diritto Internazionale dell'Economia*”; “*The Transnational Law of International Commercial Transactions*” e “*International Trade Law*”.<sup>198</sup> Aparentemente, todas estas formulações referir-se-iam à mesma área do DIPr, o Direito do Comércio Internacional, dedicado a estudar a *lex mercatoria*.

Para aumentar a complexidade de obtenção de uma definição incontestada, alguns autores adotam a expressão *lex mercatoria* como sinônimo de Direito Transnacional por agregar uma espécie de direito uniforme, composto pelos correntes usos e costumes do comércio internacional, extraídos de sua prática fluente e por incorporar as Convenções Internacionais relativas ao comércio internacional.<sup>199</sup> A adoção de Convenções Internacionais

---

determinado povo e, para isso, dever-se-ia perquirir o que se denominou como “*volksgeist*” ou o “espírito do povo”. Por oportuno, estabeleça-se que Savigny era contrário ao movimento de codificação do direito da Escola da Exegese francesa (e, depois, aprofundado pela Pandectística alemã) e também ao jusnaturalismo e suas abstrações de universalidade, ainda que com base na tradição histórica romanista aplicada à realidade alemã, da qual foi profundo investigador. Portanto, pode-se dizer que o eminente jurista alemão era um grande defensor de um direito de base consuetudinária, cuja força normativa hauriria legitimidade da produção espontânea da vida social, cultural e econômica da sociedade, manifesta a partir do reconhecimento desta produção pela *jurisprudence* (ou ciência do Direito), e não a partir da *voluntas legislatoris* positivada nas codificações. A esse respeito, vide SAVIGNY, Friedrich Von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1977. O texto de Savigny em alemão é intitulado “*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*”, de 1814.

<sup>196</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 664-5.

<sup>197</sup> *Ibid*, p. 679.

<sup>198</sup> Pierre Armijon, em 1925; Maurice Travers, em 1932; Arrigo Cavaglieri, em 1936; Yvon Loussouarn e Jean-Denis Bredin, 1969; Jean Schapira, em 1972; Eugen Langen, em 1973; P. Picone e G. Sacerdoti, em 1982; Clive M. Schmitthoff e Norbert Horn, 1982; Patrick F. J. Macrory e Peter O. Suchman, 1982. Adaptado de TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 5-6

<sup>199</sup> A esse respeito, assim se pronuncia Irineu Strenger: “Teríamos ainda, como importante desempenho, o trabalho de uniformização internacional de regras disciplinadoras do comércio internacional, contando com a

nesta matéria tem crescido bastante, o que reforça o caráter transnacional deste direito (prefixo *trans*: para além das fronteiras dos Estados). A *lex mercatoria* consiste, antes de tudo, em uma uniformidade de regras e práticas com base nos usos e costumes, com aceitação e prática na comunidade negocial internacional.<sup>200</sup> Na visão desses autores, portanto, o somatório da *lex mercatoria* (direito uniforme composto por usos e costumes e pelas decisões, principalmente arbitrais, que vivificam princípios e práticas do comércio internacional)<sup>201</sup> com as Convenções Internacionais que tratam do comércio internacional, bem como os esforços de entidades intergovernamentais, como o UNIDROIT, em elaborar regras e modelos de cláusulas (direito uniformizado),<sup>202</sup> constituiriam o chamado Direito Transnacional.

Portanto, temos que considerar que esta nova formulação, o Direito Transnacional, possui uma definição bastante ampla, no sentido de ser um direito que disciplina as relações que transcendem as fronteiras dos países e regula transações que se passam em um universo deslocalizado (ao exemplo das transações monetárias e dos investimentos globais nos mercados de valores mobiliários),<sup>203</sup> no que concerne ao arcabouço jurídico, de fonte uniforme ou uniformizada, que rege o comércio internacional.<sup>204</sup>

Tomando como exemplo os contratos internacionais, é certo afirmar que sua disciplina jurídica, em muitos casos, foge a qualquer regulação estatal<sup>205</sup> ou até mesmo interestatal, socorrendo-se, portanto, dos fundamentos contidos ou na *lex mercatoria*, ou no Direito Convencional, ou na combinação dos dois (Direito Transnacional).

Apesar de termos nos esforçado aqui em apresentar delimitações aos campos de investigação tradicionalmente estudados sob a estruturação didática do Direito Internacional

participação dos Estados.” STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 142.

<sup>200</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 17-18.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

<sup>202</sup> Reforça Irineu Strenger: “Nesse sentido, deve-se admitir que tem havido certo sucesso [a uniformização], pois no instante em que organismos internacionais passam a se dedicar à elaboração de normas que, enquadradas ou não no direito positivo de cada Estado pelas vias convencionais, são eficientemente aplicadas, nasce a esperança válida de que o comércio internacional complete seu sistema legal, adquirindo, em consequência, tutela juridicamente eficaz de seus interesses, como, aliás, já vem acontecendo em relação à venda internacional, aos créditos documentários, à arbitragem e outras modalidades, definitivamente consolidadas como instrumentos capazes de conduzir a bom termo o mundo dos negócios. A uniformização de uma legislação profissional do comércio emanada dessa área paraestatal tem a vantagem de possibilitar a congregação de representantes comerciais de todos os matizes, que podem assim contribuir, com seus subsídios, para o atendimento e exame das reivindicações mais sentidas, e que certamente poderão tornar-se disposições dotadas de maior coerência e receptividade, por conseguinte, investidas de autoridade.” STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996. p. 142-3.

<sup>203</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 665.

<sup>204</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 18.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 27 e PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 669.



Privado, não podemos esquecer que, no fundo, há uma interpenetração entre todos eles. Como exemplo, podemos citar a inserção do instituto da fraude à lei, princípio do DIPr decorrente da ordem pública,<sup>206</sup> no Direito Convencional, em matéria de contratos internacionais: a fraude ocorreria quando houvesse uma internacionalização fraudulenta ou ficta de um contrato, que normalmente seria regido pelo direito interno, com o objetivo de fugir à sua incidência ou o de criar uma conexão inexistente com a lei escolhida, que seria mais favorável às partes.<sup>207</sup> A Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980), artigo 3º, alínea 3,<sup>208</sup> enfrenta esta questão: a autonomia da vontade fica preservada apenas quanto aos efeitos do contrato que poderiam ser transacionados pelas partes, segundo o direito interno do país. Já os aspectos sujeitos às normas cogentes ou impositivas não poderiam ser afastados, sofrendo os efeitos desse direito, e não os da lei escolhida.<sup>209</sup>

Uma última consideração merece ser feita a respeito da utilização do método comparatista para a investigação do direito uniforme espontâneo que compõe a *lex mercatoria*.<sup>210</sup> O Direito Comparado é um ramo de investigação do DIPr que tem por objetivo o reconhecimento das normas jurídicas de fonte interna, quer sejam as normas substantivas (direito material), quer as regras de conexão (o próprio DIPr dos diversos países), e as de fonte internacional, e aí se encontra inserida a investigação da interpretação e da aplicação tanto da *lex mercatoria* (direito uniforme) quanto do Direito Convencional (direito uniformizado dirigido),<sup>211</sup> com o objetivo de oxigenar o trabalho dos operadores do Direito Internacional e ajudar na renovação das normas de fonte interna e na construção das de natureza internacional, haja vista que o movimento uniformizador é a grande tendência quando se trata das perspectivas futuras do DIPr.

<sup>206</sup> Vide, a esse respeito, DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 426 et seq.

<sup>207</sup> PINHEIRO, op. cit., nota 205, p. 1145.

<sup>208</sup> **Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980)**

**TÍTULO II – REGRAS UNIFORMES**

**Artigo 3º**

**Liberdade de escolha**

(...)

3. A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por ‘disposições imperativas’. (grifos nossos)

(...)

<sup>209</sup> PINHEIRO, op. cit., nota 205, p. 1146.

<sup>210</sup> BRITO, Maria Helena. *A representação nos contratos internacionais: um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 27.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 27. A respeito da distinção entre direito uniforme; DI uniformizado, DIPr e DIPr uniformizado, vide DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 33 et seq.

A título de exemplo, um instituto que é objeto de estudo do DIPr é a pessoa jurídica no plano internacional, nos aspectos relativos à sua nacionalidade e à identificação do seu estatuto jurídico. Todavia, o DIP também tem a pessoa jurídica como seu objeto de estudo, especialmente no Direito Internacional Econômico, que estuda as relações entre os Estados e as empresas multi ou transnacionais enquanto sujeitos de Direito Internacional responsável pelo incremento das riquezas das nações.<sup>212</sup>

O Direito uniformizado nada mais é do que obra empreendida pelo esforço comparatista encampado pelo Direito Comparado. Como vimos no Capítulo 2, existe corrente no DIPr (a da autonomia universal) que defendem a formulação de Contratos-tipo com força de tratado ou quase-tratado, que pudessem abrigar os usos e costumes do comércio internacional correntes nessas transações. Interessante observar que a uniformização importa a diminuição da relevância do DIPr<sup>213</sup> enquanto “direito de conflitos”, na medida em que os conflitos entre normas de diferentes sistemas são mitigados.<sup>214</sup>

Além disso, é necessário distinguir as disciplinas Direito do Comércio Internacional e Direito Internacional do Comércio, embora muitas vezes a doutrina do DIP não se preocupe com a diferenciação, embora ela seja natural, em função de os objetos de estudo possuírem vertentes completamente distintas. O Direito do Comércio Internacional estudado no âmbito do DIPr tem por objetivo estudar as relações comerciais realizadas no plano internacional entre partes privadas, localizadas espacialmente em Estados, porém sujeitas ao *ius mercatorum* internacional (*lex mercatoria*). Algumas nuances também são estudadas, como a relação entre partes privadas e o Estado (quanto esse também atua como parte privada em atividades comerciais nos *atti di gestione*); e a autonomia da vontade para a escolha da lei

---

<sup>212</sup> Existe corrente doutrinária no Direito Internacional que vê diferença na conceituação entre a empresa multi e a transnacional, mas, no fundo, seriam palavras sinônimas, uma vez que o aspecto central é a projeção do centro de decisões da empresa do país de sua matriz para os demais locais onde possuía filiais, subsidiárias ou afiliadas: segundo Marilda Rosado, “a multinacional seria aquela que dispersa vários interesses, por várias nacionalidades, na produção, na comercialização e até na estrutura de propriedade, embora se possa reconhecer um centro de decisões em determinado país de origem.” Já a transnacional é uma terminologia “adotada por Celso Mello e segundo ele mais apropriada, pois haveria uma-nacionalidade da matriz, que atua além das fronteiras estatais. Embora esta [transnacional] tenha sido a terminologia consagrada pela ONU, e pela OCDE, muitos autores ainda preferem a expressão multinacional.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. p. 455-92. p. 465.

<sup>213</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Importância do direito comparado. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 679-92. p. 688-9.

<sup>214</sup> De qualquer maneira, uma uniformização amplíssima ou mesmo total seria virtualmente impossível. Jacob Dolinger assim resume a questão: “o entusiasmo pela uniformização que tomou conta de preeminentes juristas no fim do século passado [XIX] e também no presente século [XX], foi sendo amortecido pelo realismo daqueles que passaram a reconhecer e proclamar a sua inexequibilidade, tachando-o de utópico”. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.

aplicável, que não necessita necessariamente do elemento objetivo localização para a caracterização da estraneidade, mas sim outros critérios como proximidade ou a especialização<sup>215</sup> da situação fática com determinada ordem jurídica que não a nacional.

Já o Direito Internacional do Comércio é uma disciplina do DIP que trata do comércio internacional no plano das relações Estado-Estado, através da criação de um sistema multilateral de comércio, que é conduzido pela Organização Mundial de Comércio (OMC). No âmbito desse sistema, os Estados funcionam como verdadeiros “mandatários” das partes privadas nacionais, na discussão e defesa de seus interesses econômicos. A disciplina Direito Internacional do Comércio, portanto, estuda as políticas e estratégias governamentais voltadas para disciplina e fomento do comércio exterior dos Estados nacionais, enquanto parcela da sua política macroeconômica, e está vinculada também ao Direito Internacional Econômico (ramo de investigação do DIP).

Por fim, cabe mencionar que a doutrina estrangeira tem utilizado a expressão “*creeping codification*” para designar a “codificação progressiva” do Direito Transnacional, na acepção utilizada como sinônimo de Direito do Comércio Internacional, ou seja: para essa corrente, está havendo apenas uma migração do Direito Transnacional uniforme (representado pela *lex mercatoria*) para o uniformizado. Os defensores da “codificação”, porém, entendem que ela não pode adotar um caráter rígido, haja vista que a *lex mercatoria* tem por características sua “abertura, flexibilidade, informalidade e acessibilidade” aos agentes do comércio internacional. Klaus Peter Berger menciona um verdadeiro processo de “engenharia social” na composição do Direito Transnacional que também deve ser transferido ao processo codificador, tomando por fonte as mesmas aplicáveis à *lex mercatoria*: a jurisprudência arbitral, a criação e o emprego de modelos, tanto de instrumentos, quanto de normas internacionais (dentre as quais as Leis-Modelo são o maior exemplo).<sup>216</sup>

## **1.5 Reflexos Da *Lex Mercatoria* No Direito Internacional Privado Uniformizado Ou Convencional**

---

<sup>215</sup> Vide exemplo sobre a aplicação tradicional do direito inglês em questões ligadas ao direito marítimo no item 4.1.1.1, infra e em DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97.

<sup>216</sup> BERGER, Klaus Peter. Transnationalisation of international investment contracts with particular reference to the natural resources industry. *Journal of Energy and Natural Resources*, 2004, p. 51-58. p. 53. Vide também BERGER, Klaus Peter. *The creeping codification of the lex mercatoria* (1999), p 32 et seq.

### 1.5.1 Convenções sobre Contratos Internacionais e Instrumentos do Comércio Internacional

As Convenções Internacionais, como já vimos, são fruto do esforço uniformizador de instituições e países, no sentido de minimizar o conflito de leis de primeiro grau (de qual direito material é aplicável) quanto de segundo grau (quando os DIPr's dos países remetem a soluções que conflitam entre si).

Quando se trata do tema comércio internacional, em que a velocidade das transações exige a máxima mitigação de controvérsias, pois o que importa é a execução contratual, a adesão dos agentes privados é espontânea às práticas que visem à facilitação das transações negociais.<sup>217</sup> E os Estados, sensibilizados na defesa destes interesses (uma vez que a corrente de comércio internacional representa, segundo dados da OMC, vinte e quatro trilhões e quinhentos bilhões de dólares anuais – dados de 2009),<sup>218</sup> vêm a reboque, disciplinando tais relações, tanto no plano das relações Estado-Estado, quanto nas relações entre particulares.

A *lex mercatoria*, como vimos, é um direito uniforme e, portanto, de origem espontânea. Contudo, sabemos que a uniformidade espontânea conseguida pela *lex mercatoria*, em função de ela comportar tanto uma linguagem quanto um ambiente específico, o do comércio internacional, e que, por natureza, possui uma tendência de convergência para sua viabilização, confronta-se com a diversidade de soluções jurídicas trazidas pelos direitos nacionais e pelas suas normas de conflito. Assim, a *lex mercatoria* ganha reforço quando assimilada pelo Direito Convencional, na medida em que os Estados não apenas aceitem as soluções por ela propostas, mas a adotem formalmente,<sup>219</sup> o que garante maior segurança jurídica entre os contratantes, especialmente àqueles cujos Estados são signatários.

A ideia de “codificação progressiva”, à qual já aludimos, tem por premissas a fluidez principiológica, permitindo que os princípios gerais de direito, as regras, os usos e costumes e

---

<sup>217</sup> GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 33.

<sup>218</sup> O conceito de corrente de comércio internacional significa o somatório das exportações com as importações. A Organização Mundial de Comércio (OMC) aponta dados de aproximadamente U\$ 12,1 trilhões de dólares em exportações e U\$ 12,4 trilhões de dólares em importações no ano de 2009. <[http://www.wto.org/english/news\\_e/pr598\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pr598_e.htm)>.

<sup>219</sup> GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit et lex mercatoria*. In : *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 178. *apud* TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 32.

os *standards* do comércio internacional transformaram-se em fontes do novo Direito Transnacional, bem como as conclusões obtidas a partir do método comparatista.<sup>220</sup>

Neste diapasão, não podemos esquecer que, após a ratificação destas Convenções pelos Estados, e, no Brasil, por tradição, sua internalização por meio de decreto presidencial,<sup>221</sup> tais Convenções passam a fazer parte do direito interno, compondo uma espécie de direito comercial uniformizado. Todavia, existem algumas ponderações. A primeira delas é que muitos Estados não fazem parte destes tratados; outros, mesmo que fazendo parte, impõem reservas ao seu conteúdo, que devem ser minuciosamente analisadas, para que as partes que a utilizarem para reger sua relação contratual tenham a certeza de que o direito ali previsto lhe é aplicável; e, principalmente, qual é a norma que prevalece quando há um conflito material entre a norma de fonte interna e a de fonte internacional e, para isso, há que se estudar a que corrente sobre fontes do Direito Internacional o país se filia: dualismo, monismo, ou, ainda, uma variante desse, o monismo moderado.<sup>222</sup>

Apresentaremos, nas subseções seguintes, as Convenções que incorporam princípios da *lex mercatoria* para, depois, analisá-las mais detidamente.

### 1.5.1.1 Convenções da Haia

A Conferência de Direito Internacional Privado da Haia é uma organização intergovernamental<sup>223</sup> que tem uma longa história de elaboração de Convenções em DIPr. Seus primeiros trabalhos datam de 1893, mas só depois dos anos 1950 suas Convenções

<sup>220</sup> BERGER, Klaus Peter. Transnationalisation of international investment contracts with particular reference to the natural resources industry. **Journal of Energy and Natural Resources**, 2004, p. 51-58. p. 54.

<sup>221</sup> A respeito do tema vide TIBURCIO, Carmen. Temas de direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5-8.

<sup>222</sup> Para um estudo aprofundado sobre o tema, vide DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 89-119 e TIBURCIO, Carmen. Temas de direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8-46. Um exemplo a doutrina se esquece de mencionar é que a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros (Nova York, 1958) sofreu reserva por parte de maioria esmagadora dos Estados – a chamada reserva (a) – para declarar que o Estado só fará o reconhecimento e execução daqueles laudos arbitrais exarados no território de outro Estado ratificante. Para os elaborados internamente aplicar-se-ia o direito interno de regência e, para os Estados não ratificantes, a questão vai depender de posicionamento doutrinário e da jurisprudência estatal ou arbitral sobre a prevalência das fontes.

<sup>223</sup> Possui como membros 69 Estados e a União Europeia. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **About HCCH.** Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=26](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=26)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

foram modernizadas e permanecem até hoje em vigor. O grande objetivo da Conferência da Haia é o de criar um direito uniforme em matéria de DIPr.<sup>224</sup>

Em matéria de comércio internacional, podemos citar quatro Convenções fundamentais:<sup>225</sup> (1) Convenção sobre a Lei Aplicável às vendas de Caráter Internacional de Objetos Corpóreos (1955);<sup>226</sup> (2) Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Intermediários e à Representação (1978);<sup>227</sup> (3) Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986)<sup>228</sup> e (4) Convenção sobre a Lei Aplicável a Certos Direitos Relativos a Títulos e Valores Mobiliários em Posse de Intermediários (2006).<sup>229</sup>

### 1.5.1.2 Convenções e Leis-Modelo do UNIDROIT

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, que também é uma organização intergovernamental, criada em 1926, como órgão auxiliar da então Liga das Nações,<sup>230</sup> sucedida pela Organização das Nações Unidas (ONU), além de ter desenvolvido uma sistemática para aplicação dos princípios do comércio internacional, contribuindo para a manutenção da uniformidade da *lex mercatoria*, possui 6 (seis) Convenções relativas ao comércio internacional: 2 (duas) Convenções sobre leis uniformes, a primeira sobre a Venda Internacional de Bens e a segunda sobre a Formação de Contratos para a Venda Internacional de Bens (ambas firmadas na Haia, em 1964). As demais convenções são: Convenção Internacional sobre Contratos de Viagem (Bruxelas, 1970); Convenção sobre Representação

<sup>224</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 11.

<sup>225</sup> São convenções que tratam, basicamente, da escolha da lei aplicável, e não exatamente de um DIPr uniformizado. *Ibid.*, p. 12.

<sup>226</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods*. Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=31](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>227</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency*. Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=89](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>228</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*. Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=61](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>229</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*. Disponível em: <[http://hcch.evision.nl/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=72](http://hcch.evision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=72)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>230</sup> Conta com a participação de 63 Estados Membros. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Unidroit: an Overview*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

na Venda Internacional de Bens (Genebra, 1983); Convenção sobre o *Leasing* Financeiro Internacional (Ottawa, 1988) e Convenção sobre *Factoring* Internacional (Ottawa, 1988).

Além de Convenções, o Instituto elaborou duas Leis-Modelo<sup>231</sup>: uma sobre Oferta de Franquia (Roma, 2002) e outra sobre *Leasing* (Roma, 2008). Em sua octogésima nona sessão, em maio deste ano, o Conselho do UNIDROIT fez publicar comentário interpretativo sobre esta última Lei-Modelo.

### 1.5.1.3 ONU / UNCITRAL

A Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional foi criada pela Resolução n° 2205 (XXI), de 17 de dezembro de 1966, também com o objetivo de harmonização e uniformização do direito do comércio internacional, a partir da percepção, pela Assembleia Geral, que as diversidades entre as leis nacionais acabam criando obstáculos ao livre fluxo do comércio internacional. Portanto, ela passou a ser delegatária de poderes, em nome da ONU, para elaborar as Convenções e Leis-Modelos referentes ao Direito do Comércio Internacional. Sessenta países possuem assentos na UNCITRAL através de eleições efetuadas pela Assembleia Geral, com mandato de 6 (seis) anos, com renovação da metade do seu quadro de três em três anos.<sup>232</sup>

Os trabalhos da UNCITRAL concentram-se nos seguintes campos temáticos, dentre outros: (a) arbitragem e conciliação comercial internacional; (b) compra e venda internacional de mercadorias; (c) pagamentos internacionais; (d) garantias no comércio internacional; (e) comércio eletrônico; e (f) transporte internacional de mercadorias. Vamos analisar as Convenções e Leis-Modelo elaboradas a este respeito nas subseções seguintes.

#### A. Arbitragem e Conciliação Comercial Internacional

As preocupações da ONU com o comércio internacional possuem origem anterior à criação da UNCITRAL. Em 1958, a ONU elaborou a Convenção sobre Reconhecimento e

---

<sup>231</sup> As Leis-Modelo são criadas por organizações internacionais intergovernamentais como uma espécie de padrão sugerido para os legisladores dos países, para que a aprovem como parte de sua legislação interna, considerando-se, todavia, que os Estados têm total flexibilidade para adotar o texto no seu todo ou em parte, ou ainda introduzir ou suprimir determinadas disposições.

<sup>232</sup> UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Origin, Mandate and Composition of UNCITRAL*. Disponível em: < <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html> >. Acesso em: 25 nov. 2010.

Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros (Convenção de Nova York), que é um dos principais instrumentos utilizados hoje no mundo para dar efetividade à cláusula compromissória, ao reconhecimento dos laudos arbitrais como títulos executivos e à sua execução nos territórios dos países que a ratificaram.<sup>233</sup>

Em 2006, a Comissão fez aprovar uma recomendação quanto à interpretação do artigo II, alínea 2 da Convenção de Nova York. Tal alínea trata do conceito de “acordo escrito” para os fins de reconhecimento da cláusula compromissória, de três formas: (a) cláusula arbitral inserta em um contrato; (b) um contrato específico prevendo a cláusula compromissória e (c) acordo de arbitragem previsto através da troca de cartas ou telegramas. A recomendação é no sentido de esclarecer que os meios estabelecidos na Convenção para o estabelecimento do “acordo escrito” são exemplificativos, e não exaustivos.

Outra recomendação da UNCITRAL é a adoção do artigo 7º da sua Lei-Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, revisada também em 2006, por entender que a redação deste artigo cria um regime mais favorável para o reconhecimento e a execução de laudos arbitrais que o estabelecido na Convenção de NY, em função da abertura que o próprio artigo VII, alínea I, dá, no sentido de permitir que a parte interessada lance mão de direitos previstos em lei ou em tratados ratificados pelo país onde se pretenda a execução do laudo arbitral, a fim de se obter o reconhecimento da validade da cláusula compromissória.<sup>234</sup>

A mencionada Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional teve por objetivo auxiliar os Estados a alterar ou atualizar sua legislação interna sobre arbitragem comercial internacional, no que concerne a aspectos como a formação válida da cláusula compromissória, a constituição da jurisdição arbitral e a competência dos tribunais arbitrais no reconhecimento e execução dos laudos por eles exarados, com a vantagem de ter sido fruto de uma discussão global, onde diversos matizes de ordem jurídico-legal foram tomados em conta. Foi adotada como referência por diversos Estados.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Vide <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html)> Acesso em: 25 nov. 2010. A Convenção entrou em vigor em 7 de junho de 1959. O Brasil não a assinou, e demorou 46 anos para ratificá-la, através do Decreto nº 4.311, de 23 de junho de 2002.

<sup>234</sup> Entrou em vigor no plano internacional em 1º de janeiro de 1988. Vide <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2006recommendation.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html)> Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>235</sup> Podemos citar os seguintes países: Alemanha (1998), Armênia (2006), Austrália (1989, 2010\*), Áustria (2005), Azerbaijão (1999), Bahrein (1994), Bangladesh (2001), Bielorrússia (1999), Bulgária (2002), Camboja (2006), Canadá (1986), Chile (2004), China [incluindo as Regiões Administrativas de Hong Kong (1996) e de Macau (1998)], Chipre, Cingapura (2001), Croácia (2001), Dinamarca (2005), Egito (1994), Eslovênia (2008\*), Espanha (2003), Estônia (2006), Filipinas (2004), Geórgia (2009\*), Grécia (1999), Guatemala (1995), Honduras (2000), Hungria (1994), Ilhas Maurício (2008\*), Índia (1996), Irlanda (1998, 2010\*), Japão (2003), Jordânia (2001), Lituânia (1996), Macedônia (2006), Madagascar (1998), Malta (1995), México (1993), Nova Zelândia (1996, 2007\*), Nicarágua (2005), Nigéria (1990), Noruega (2004), Omã (1997), Paraguai (2002), Peru (1996,



A alteração que mencionamos quando dos comentários à Convenção de Nova York, ocorrida em 2006, foi mais ampla do que os aspectos que comentamos em relação à referida Convenção. Foram feitas emendas também aos artigos 1º, alínea 2 e ao artigo 35, alínea 2, a inserção de um novo capítulo (Capítulo IV-A<sup>236</sup>) e do artigo 2-A, no qual observamos a incorporação explícita dos princípios da *lex mercatoria* e, nomeadamente, o da boa-fé. O artigo merece transcrição:

ONU (UNCITRAL) – Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional (1985, com alterações de 2006) Article 2-A International origin and general principles

(1) In the interpretation of this Law, regard is to be had to its *international origin* and to the need to promote uniformity in its application and the observance of *good faith*.

(2) Questions concerning matters governed by this Law which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the *general principles on which this Law is based*. (grifos nossos)<sup>237</sup>

Merece transcrição, também, o artigo 28, que trata das regras aplicáveis ao fundo das controvérsias, pois consagra a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável; a decisão dos tribunais arbitrais com base no princípio da equidade ou *ex aequo et bono*; e a aplicação dos usos e costumes do comércio internacional para reger todos os aspectos da transação negocial:

ONU (UNCITRAL) – Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional (1985, com alterações de 2006)  
CHAPTER VI. MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28. Rules applicable to substance of dispute

(1) The *arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute*. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable. (grifos nossos)

---

2008\*), Polónia (2005), Quênia (1995), República da Coreia (1999), República Dominicana (2008), República Islâmica do Irã (1997), Ruanda (2008\*), Rússia (1993), Sérvia (2006), Sri Lanka (1995), Tailândia (2002), Tunísia (1993), Turquia (2001), Ucrânia (1994), Uganda (2000), Reino Unido (1990) e Bermudas (território), Estados Unidos da América (e os Estados da Califórnia (1996), Connecticut (2000), Flórida (2010\*), Illinois (1998), Louisiana (2006), Oregon e Texas), Venezuela (1998), Zâmbia (2000) e Zimbábue (1996). O (\*) significa que o país adotou a revisão efetuada em 2006. Disponível em: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

<sup>236</sup> O objetivo da inserção deste capítulo IV foi o de estabelecer um regime jurídico amplo para disciplinar a utilização de medidas cautelares e de urgência em favor da arbitragem.

<sup>237</sup> <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)>

(3) The arbitral tribunal shall *decide ex aequo et bono or as amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so. (grifos nossos)

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the *usages of the trade* applicable to the transaction. (grifos nossos)

## B. Compra e Venda Internacional de Mercadorias

Especificamente em relação ao comércio internacional, a Comissão propôs a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980).<sup>238</sup> Os objetivos principais da Convenção de Viena é regular a celebração destes contratos, definir as obrigações entre comprador e vendedor e estabelecer os mecanismos de solução nos casos de inadimplemento contratual.

## C. Pagamentos Internacionais

Em 1988, A UNCITRAL adotou a Convenção das Nações Unidas sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, com o objetivo de uniformizar as diferenças existentes em relação aos meios de pagamentos utilizados no comércio internacional. Importante ressaltar que a Convenção só se aplica se as partes utilizarem um desses títulos de crédito e indicar que ele está sujeito à regulação da referida Convenção.<sup>239</sup> Infelizmente, não se encontra em vigor porque foi ratificada apenas por cinco países, quando necessitaria de no mínimo dez.<sup>240</sup>

A Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Cartas de Crédito *Stand-by* (1995),<sup>241</sup> teve por objeto a facilitação do emprego de garantias e cartas de crédito *stand-by*,<sup>242</sup> particularmente nos casos em que uso de apenas um destes instrumentos creditícios tem circulação corrente. A Convenção, na verdade, positiva os princípios correntes no comércio internacional relativos a estas modalidades de garantia.

<sup>238</sup> Vide <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html)> Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>239</sup> <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/payments/1988Convention\\_bills\\_promissory.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1988Convention_bills_promissory.html)>

<sup>240</sup> Gabão, Guiné, Honduras, Libéria e México. <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/payments/1988Convention\\_bills\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1988Convention_bills_status.html)>

<sup>241</sup> A Convenção entrou em vigor em 01 de janeiro de 2000. Estados ratificantes: Bielorrússia, Equador, El Salvador, Gabão, Kuwait, Libéria, Panamá e Tunísia. <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/payments/1995Convention\\_guarantees\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1995Convention_guarantees_status.html)>

<sup>242</sup> Consideram-se garantias independentes aquelas que não dependem de uma relação jurídica de base prévia entre as partes (ou seja, são títulos não-causais). O principal exemplo é o contrato de seguro. Já a *stand-by letter of credit* é um título causal, ou seja, está vinculada ao descumprimento da relação jurídica base, ainda que não caiba ao terceiro beneficiário a sua prova, mas apenas a sua apresentação, juntamente com os documentos necessários para a sua execução imediata.

#### D. Garantias no Comércio Internacional

A Convenção das Nações Unidas sobre Cessão de Créditos no Comércio Internacional (2001) teve por objetivo promover a circulação de bens e serviços através das fronteiras nacionais, facilitando um maior acesso ao crédito de custo mais baixo. Para atingir este objetivo, a Convenção pretendeu: (i) remover os obstáculos jurídicos a certas práticas de financiamento internacional, tais como empréstimos lastreados em ativos das empresas, faturização (*factoring*), desconto de notas promissórias internacionais sem direito de regresso nas operações de exportação/importação (*forfeiting*), securitização de créditos a receber e financiamento de projetos (*project finance*); (ii) unificar o direito aplicável à eficácia da cessão entre cedente e cessionário e contra o devedor; (iii) aumentar a segurança e previsibilidade em relação à lei aplicável às questões fundamentais, como a prioridade nos casos de concurso/recebimento de créditos; e (iv) facilitar a harmonização das legislações nacionais, ao prever um direito substantivo que regula a prioridade no recebimento de créditos, que os Estados podem adotar, caso desejem.

Infelizmente, ainda não está em vigor, porque só a Libéria a ratificou, necessitando de mais quatro adesões.<sup>243</sup>

#### E. Comércio Eletrônico

Em 2005, a UNCITRAL adotou a Convenção das Nações Unidas sobre a Utilização de Comunicações Eletrônicas nos Contratos Internacionais (2005), com o objetivo de reforçar os princípios da segurança jurídica e da previsibilidade no comércio internacional, arena na qual trocas de comunicações eletrônicas são muito utilizadas para a negociação de contratos internacionais.

Prevê a determinação da localização das partes em um “ambiente eletrônico”, delimitado através da hora e do local de envio e recebimento de tais comunicações; a utilização de sistemas automáticos de envio de mensagens para a formação do contrato e os critérios a serem utilizados para estabelecer a equivalência entre as comunicações eletrônicas e aquelas feitas via documentos físicos – incluindo a noção de documento "original" em papel e os métodos de autenticação eletrônica e o reconhecimento de firma. Apesar de ter sido

---

<sup>243</sup> <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/payments/2001Convention\\_receivables.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html)> e <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/payments/2001Convention\\_receivables\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables_status.html)>

assinada por dezoito países, só foi ratificada por Honduras e Cingapura, necessitando de mais uma adesão para sua entrada em vigor.<sup>244</sup>

#### F. Transporte Internacional de Mercadorias

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Transporte Internacional de Mercadorias Total ou Parcialmente por Via Marítima (2008), ou, simplesmente, Regras de Roterdã, estabelece um regime uniforme para regular direitos e obrigações de carregadores, transportadores e destinatários no âmbito de um contrato que inclui um trajeto internacional total ou parcialmente marítimo. Atualiza as Convenções anteriores relativas ao transporte internacional de mercadorias por via marítima, em particular, a Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras relativas aos Conhecimentos de Embarque (1924, Bruxelas, ou “Regras da Haia”), e seus protocolos (“Regras de Haia-Visby”), e a Convenção das Nações Unidas sobre o Transporte de Mercadorias por Via Marítima (1978, Hamburgo ou “Regras de Hamburgo”).<sup>245</sup>

As “Regras de Roterdã” estabelecem um quadro jurídico que leva em conta o desenvolvimento tecnológico e comercial ocorrido no transporte marítimo, incluindo o crescimento do transporte via contêineres, e o englobamento da modalidade de transporte “porta-a-porta”<sup>246</sup> em um único contrato e desenvolvimento de documentos de transporte por via eletrônica. A Convenção prevê que carregadores e transportadores estão vinculados a um regime único que regula o funcionamento dos contratos de transporte marítimo, incluindo a possibilidade do transporte multimodal. Foi assinada por vinte e três países em setembro de 2009, porém nenhum país ainda a ratificou. São necessários vinte instrumentos de ratificação ou adesão para que a Convenção entre em vigor.<sup>247</sup>

<sup>244</sup> <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/2005Convention.htm](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.htm)>l

<sup>245</sup> <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/transport\\_goods/2008rotterdam\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html)>

<sup>246</sup> Também chamado de “transporte multimodal”, segundo definição elaborada pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP): o transporte multimodal é aquele no qual “o transportador que organiza o transporte assume inteira responsabilidade pelo transporte “porta-a-porta” e emite um documento único de transporte, o CTMC E (Conhecimento de Transporte Multimodal de Carga). É, portanto, um conceito que coloca a responsabilidade das atividades de transporte sob um único operador, o qual gerencia e coordena o processo todo desde o embarcador até o importador.” <http://www.fiesp.com.br/infra-estrutura/classificacao.aspx>

<sup>247</sup> <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/transport\\_goods/2008rotterdam\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html)> e <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/transport\\_goods/rotterdam\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html)>

### 1.5.2 Princípios Integrantes da *Lex Mercatoria* Inseridos nas Convenções Internacionais e em Regras Institucionais

Nesta subseção, temos a intenção de apresentar a positivação ou a interpretação dos princípios que compõem a *lex mercatoria* nas Convenções Internacionais e em regras de instituições uniformizadoras do DIPr ou do Direito do Comércio Internacional. Nosso desiderato, neste passo, não é a de sermos exaustivos, mas a de apresentar alguns exemplos concretos do reconhecimento da *lex mercatoria* por estes instrumentos, complementando a abordagem da subseção anterior, onde apresentamos uma visão geral consolidada por Instituição ou Organização Internacional.

Podemos dizer que, de todas as Convenções analisadas, a que melhor congrega a absorção dos princípios da *lex mercatoria* para a definição da lei aplicável e a interpretação da relação no caso concreto é a Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP-V, México, 1994),<sup>248</sup> no que serve de modelo para as demais – essas fazem uma incorporação particularizada ou fragmentada da *lex mercatoria*. Vejamos:

Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP-V, México, 1994) CHAPTER II Determination of applicable law  
Article 10  
In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case. (grifos nossos)

#### 1.5.2.1 Autonomia da Vontade

Assim como há maior desenvolvimento sobre o princípio da autonomia da vontade em doutrina, como vimos, grande parte das Convenções e Regulamentos dos Institutos internacionais que tratam dos contratos do comércio internacional disciplinam o assunto, aumentando o grau de minudências quanto mais recentes são os atos. Passemos à análise.

---

<sup>248</sup> Bolívia, Brasil, México, Uruguai e Venezuela assinaram a Convenção, mas apenas o México e a Venezuela a ratificaram. Está em vigor desde 15 de dezembro de 1996. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>

## A. Convenção Destinada a Regular Certos Conflitos de Leis em Matéria de Cheques (Genebra, 1931)<sup>249</sup>

A doutrina<sup>250</sup> aponta que, nesta Convenção, consagrou-se a adoção do princípio da autonomia da vontade em relação à forma das obrigações contraídas em matéria de cheques, como se pode depreender da transcrição de seu artigo 4º, ao prever a alternatividade entre *lex loci celebrationis* com a *lex loci executionis* para reger tal aspecto:

Convenção Destinada a Regular Certos Conflitos de Leis em Matéria de Cheques (Genebra, 1931)

Artigo 4º

A forma das obrigações contraídas em matéria de cheques é regulada pela lei do país em cujo território essas obrigações tenham sido assumidas. Será, todavia, suficiente o cumprimento das formas prescritas pela lei do lugar do pagamento. (grifos nossos)

No entanto, se as obrigações contraídas por virtude de um cheque não forem válidas nos termos da alínea precedente, mas o forem em face da legislação do país em que tenha posteriormente sido contraída uma outra obrigação, o fato de as primeiras obrigações serem irregulares quanto à forma não afeta a validade da obrigação posterior.

(...)

## B. Convenções da Haia

Verifica-se, tanto na Convenção de 1955 quanto na de 1986, que não há uma ligação objetiva entre o objeto do contrato e a lei aplicável, cabendo somente às partes escolher a lei, expressamente ou através das disposições contratuais, que devem ser depreendidas de forma clara, ou, ainda, do comportamento das partes:

### B.1 Convenção sobre a Lei Aplicável à Venda Internacional de Mercadorias (1955)

Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável à Venda Internacional de Mercadorias (1955)

Article 2

La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. (grifos nossos)

Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. (grifos nossos)

<sup>249</sup> Internalizada no Brasil pelo Decreto n° 57.595, de 4 de janeiro de 1966, publicado no D.O.U. em 17 de janeiro de 1966. Estados que aderiram à Convenção, além do Brasil: Alemanha, Áustria, Bélgica,

<sup>250</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial)*: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 525.

Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi.

## B.2 Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986)

Convenção sobre a Lei Aplicável à Venda Internacional de Mercadorias (1986)

Chapter II - Applicable Law

Section 1 - Determination of the applicable law

Article 7

(1) *A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract.* (grifos nossos)

(...)

## B.3 Convenção sobre a Lei Aplicável a Certos Direitos Relativos a Títulos e Valores Mobiliários em Posse de Intermediários (2006)

Nessa recente Convenção, vemos uma delimitação mais detalhada do escopo da escolha da lei aplicável, resguardada, porém, a autonomia da vontade, quando há pactuação, como regra de incidência primária:

CONVENÇÃO SOBRE A LEI APLICÁVEL A CERTOS DIREITOS RELATIVOS A TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS EM POSSE DE INTERMEDIÁRIOS (2006)

Chapter II - Applicable Law

Article 2

Scope of the Convention and of the applicable law

(1) This Convention determines the law applicable to the following issues in respect of securities held with an intermediary:

- a) the legal nature and effects against the intermediary and third parties of the rights resulting from a credit of securities to a securities account;
- b) the legal nature and effects against the intermediary and third parties of a disposition of securities held with an intermediary;
- c) the requirements, if any, for perfection of a disposition of securities held with an intermediary;
- d) whether a person's interest in securities held with an intermediary extinguishes or has priority over another person's interest;
- e) the duties, if any, of an intermediary to a person other than the account holder who asserts in competition with the account holder or another person an interest in securities held with that intermediary;

- f) the requirements, if any, for the realisation of an interest in securities held with an intermediary;
  - g) whether a disposition of securities held with an intermediary extends to entitlements to dividends, income, or other distributions, or to redemption, sale or other proceeds.
- (...)

Article 4  
Primary rule

(1) The law applicable to all the issues specified in Article 2(1) is the law in force in the State expressly agreed in the account agreement as the State whose law governs the account agreement or, if the account agreement expressly provides that another law is applicable to all such issues, that other law. (...) (grifos nossos)

## C. Convenções Europeias

### C.1 Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961)

A autonomia da vontade das partes para escolherem a lei que os árbitros deverão aplicar no julgamento da controvérsia está claramente prevista na parte inicial do artigo VII, alínea 1, da Convenção. Na ausência de escolha, os árbitros passam a substituir a vontade das partes, aplicando a regra de conflito que eles julgarem apropriadas (ou seja, consagra-se também a autonomia da vontade dos árbitros, embora não quanto à matéria de fundo, mas apenas quanto ao DIPr aplicável). *In fine*, vemos a possibilidade de recurso à *lex mercatoria*, com a aplicação dos usos e costumes do comércio internacional.

Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (1961, Genebra)

Art. VII  
Droit Applicable

1. Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce. (grifos nossos)

### C.2 Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980)



A Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980, além de consagrar o princípio da autonomia da vontade, da maneira que as Convenções anteriores vinham consagrando, estabelece também a possibilidade de alteração da escolha feita quando da celebração, o que é uma grande inovação consagradora do princípio. *In verbis*:

Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980)  
TÍTULO II – REGRAS UNIFORMES

Artigo 3º

Liberdade de escolha

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato. (grifos nossos)

2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em sujeitar o contrato a uma lei diferente da que antecedentemente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições da presente Convenção. Qualquer modificação, quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afeta a validade formal do contrato, na acepção do disposto no artigo 9º, nem prejudica os direitos de terceiros.

(...)

(grifos nossos)

C.3 Atualização da Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I, 2008)<sup>251</sup>

Atualização da Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I, 2008)

CAPÍTULO II – REGRAS UNIFORMES

Artigo 3º

Liberdade de escolha

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato. (grifos nossos)

2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em subordinar o contrato a uma lei diferente da que precedentemente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições do presente regulamento. Qualquer modificação quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afeta a validade formal do contrato, nos termos do artigo 11, nem prejudica os direitos de terceiros. (grifos nossos)

(...)

<sup>251</sup> Aprovada pelo Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008.

## D. Resoluções do Instituto de Direito Internacional

### D.1 Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem no Direito Internacional Privado (consolidado das Sessões de Amsterdã, 1957 e Neuchâtel, 1959)<sup>252</sup>

As primeiras resoluções do Instituto de Direito Internacional, tratando da arbitragem e do seu procedimento, até admitiam a escolha da lei aplicável ao fundo da controvérsia, mas faziam um casamento necessário desta escolha com a *lex fori*. Se as partes escolhessem o local da arbitragem, deduzir-se-ia automaticamente que estariam escolhendo a lei do foro; e, caso escolhessem a lei de determinado país, sem definir a sede do tribunal arbitral, ficaria implícito que estavam escolhendo aquele país como sede.

Todavia, regularam, ainda, os casos em que as partes indicavam um país como local da arbitragem, enquanto definiam que a lei aplicável seria a de outro. Na sua parte final, o artigo primeiro da Consolidação das Resoluções de Amsterdã e Neuchâtel (1959) acaba recorrendo ao DIPr dos Estados para a definição do local da arbitragem, aparentemente ignorando a eleição feita pelas partes. Tentando depreender a *ratio* do dispositivo, concluem Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio: “a idéia era então equiparar o árbitro ao juiz de direito em todos os aspectos, inclusive no que se refere ao procedimento para determinar a lei aplicável ao mérito do litígio, que, na ausência de escolha pelas partes contratantes, sempre recorre às regras de conexão.”<sup>253</sup>

Da leitura do artigo 11, vemos que a lei do foro condicionaria e limitaria, inclusive, os efeitos da escolha da lei aplicável pelas partes, caso realizada. Abaixo, a transcrição dos referidos artigos:

Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem do Direito Internacional Privado consolidado das Sessões de Amsterdã, 1957 e Neuchâtel, 1959)

A. General Questions

First Article

Parties shall be free in the arbitral agreement (submission or arbitral clause) to exercise their free choice and to indicate the place where the arbitral tribunal must sit; this choice shall imply that they intend to submit the private arbitration to the law of the seat of the country arbitration, to the extent indicated by the following provisions. (grifos nossos)

<sup>252</sup> INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. *International Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*. Session of Neuchâtel – 1959. Disponível em: <[http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1959\\_neu\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1959_neu_01_en.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>253</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 98.

*If the parties have expressly chosen the law applicable to the arbitral agreement, without settling the seat of the arbitral tribunal, they shall be deemed tacitly to have agreed that the tribunal shall sit in the territory of the country the law of which has been chosen by them.* (grifos nossos)

If the parties have indicated in the arbitral agreement the country of the seat of the arbitral tribunal, and adopted the law of another country to regulate the arbitral agreement, that seat shall be settled in the following manner: (grifos nossos)

a) It shall be in the country of which the law has been chosen, when the law in both states establishes the principle that the arbitration should take place in the territory of the state of which the law has been chosen by the parties;

b) In the country where the seat has been fixed by the parties, when the rule that the arbitration must take place in the territory of the state of which the law has been chosen by the parties is not admitted by the laws of either of these two states, or is only admitted by one of them.

(...)

#### F. Law Applicable to the Substance of the Difference

##### Article 11

*The rules of choice of law in force in the state of the seat of the arbitral tribunal must be followed to settle the law applicable to the substance of the difference.* (grifos nossos)

*Within the limits of such law, arbitrators shall apply the law chosen by the parties* or, in default of any express indication by them, shall determine what is the will of the parties in this respect having regard to all the circumstances of the case. (grifos nossos)

If the law of the place of the seat of the arbitral tribunal so authorises them, the parties may give the arbitrators power to decide ex aequo et bono or according to the rules of professional bodies.

D.2 Resoluções do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem entre Estados, Empresas Estatais ou suas Instrumentalidades e Empresas Estrangeiras<sup>254</sup> e sobre a Igualdade de Tratamento entre a Lei do Foro e a Lei Estrangeira<sup>255</sup> (Santiago de Compostela, 1989)

Em função das limitações evidentes à autonomia da vontade constante das resoluções anteriores, o IDI fez publicar a Resolução sobre Arbitragem entre Estados, Empresas Estatais ou suas Instrumentalidades e Empresas Estrangeiras (Santiago de Compostela, 1989), que consagra o princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável de maneira irrestrita, em seu artigo 6º e, no caso de as partes não a terem escolhido, os árbitros podem lançar mão das diversas opções previstas no artigo 4º, a saber: (1) a lei indicada pelo sistema de direito

<sup>254</sup> INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. *Arbitration between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises*. Session of Santiago de Compostela – 1989. Disponível em: <[http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1989\\_comp\\_01\\_en.PDF](http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>255</sup> INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. *Equality of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law*. Session of Santiago de Compostela – 1989. Disponível em: <[http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1989\\_comp\\_02\\_en.PDF](http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_02_en.PDF)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

internacional privado convencionado pelas partes; (2) os princípios gerais de direito internacional público ou privado; (3) os princípios gerais da arbitragem internacional; e (4) a lei que seria aplicada pelo juiz do território em que o tribunal tem a sua sede. Vemos a *lex mercatoria* consagrada especialmente na segunda e na terceira opção.

Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem entre Estados, Empresas Estatais ou suas Instrumentalidades e Empresas Estrangeiras (Santiago de Compostela, 1989)

Article 4

Where the validity of the agreement to arbitrate is challenged, the tribunal shall resolve the issue by applying one or more of the following: the law chosen by the parties, the law indicated by the system of private international law stipulated by the parties, general principles of public or private international law, general principles of international arbitration, or the law that would be applied by the courts of the territory in which the tribunal has its seat. In making this selection, the tribunal shall be guided in every case by the principle in *favorem validitatis*. (grifos nossos)

Article 6

The parties have full autonomy to determine the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, (1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue that arises and (2) these rules and principles may be derived from different national legal systems as well as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the usages of international commerce. (grifos nossos)

To the extent that the parties have left such issues open, the tribunal shall supply the necessary rules and principles drawing on the sources indicated in Article 4. (grifos nossos)

### D.3 Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a Autonomia da Vontade das Partes nos Contratos Internacionais entre Pessoas Privadas ou Entidades (Basileia, 1991)<sup>256</sup>

Em Resolução específica sobre a autonomia da vontade, o IDI assegura a liberdade das partes na escolha da lei aplicável e elimina qualquer possibilidade de “controle” desta lei pelo DIPr dos Estados conectados à relação jurídica, privilegiando a compreensão global das disposições contratuais e as circunstâncias que possam ter determinado a vontade das partes.

Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a Autonomia da Vontade das Partes nos Contratos Internacionais entre Pessoas Privadas ou Entidades (Basileia, 1991)

<sup>256</sup> INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. *Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities*. Session of Basel – 1991. Disponível em: <[http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1991\\_bal\\_02\\_en.PDF](http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1991_bal_02_en.PDF)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

## Article 2

1. The parties shall be free to choose the law applicable to their contract. They may agree on the application of the law of any State. (grifos nossos)

For the purpose of this Resolution, a territorial unit shall be treated as if it were a State where such unit has its own substantive law governing contracts.

2. The law chosen by the parties shall apply to the exclusion of its choice of law rules, unless the parties expressly provide otherwise. (grifos nossos)

## Article 3

1. The choice of the applicable law shall be derived from the agreement of the parties.

2. In the absence of an express agreement, the choice shall be derived from those circumstances which indicate clearly the intention of the parties.

(grifos nossos)

(...)

## Article 5

1. The applicable law may be designated by general conditions of contract, to which the parties have agreed. (grifos nossos)

2. Such agreement must be expressed in writing, or in a way which conforms with practices established by the parties, or in accordance with trade custom known to them. (grifos nossos)

E. Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI, 1998)<sup>257</sup>

O artigo 17 do Regulamento de Arbitragem da CCI, de 1998, prevê expressamente a liberdade de pactuação da lei aplicável, consagrando também a mesma liberdade aos árbitros, quando as partes não tiverem exercido a faculdade, porém com as seguintes balizas: o conjunto do contrato e os usos e costumes do comércio internacional (*lex mercatoria*). Decisões com base na composição ou por equidade só são válidas com o consentimento das partes.

Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI, 1998)

Artigo 17. Regras de direito aplicáveis ao mérito

1. As partes terão liberdade para escolher as regras jurídicas a serem aplicadas pelo Tribunal Arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o Tribunal Arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas. (grifos nossos)

2. Em todos os casos, o Tribunal Arbitral levará em consideração os termos do contrato e os usos e costumes comerciais pertinentes. (grifos nossos)

<sup>257</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Regulamento de Arbitragem em vigor a partir de 1º de janeiro de 1998.* Disponível em: <[http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules\\_arb\\_brazilian.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

3. O Tribunal Arbitral assumirá os poderes de amiable compositeur ou decidirá ex aequo et bono somente se as partes tiverem acordado em conferir-lhe tais poderes. (grifos nossos)

#### F. Regulamento de Arbitragem *Ad Hoc* da UNCITRAL (2010)

O primeiro regulamento da UNCITRAL para disciplinar as arbitragens *ad hoc*, modalidade de arbitragem em que os árbitros são escolhidos durante a instauração do procedimento arbitral, data de 1976, porém sofreu atualização neste ano. Analisaremos com mais detalhes a arbitragem *ad hoc* no Capítulo 5, quando tratarmos da diferença entre esta modalidade e a arbitragem institucional. Por hora, transcrevemos o artigo 35, que trata da definição da lei aplicável ao fundo da controvérsia pelo tribunal arbitral. Como vemos, neste ponto, a redação é muito parecida com aquela oferecida pelo Regulamento de Arbitragem Institucional da CCI:

Regulamento de Arbitragem *Ad Hoc* da UNCITRAL (2010)

Applicable law, amiable compositeur

Article 35

1. The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate. (grifos nossos)

2. The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so. (grifos nossos)

3. In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract, if any, and shall take into account any usage of trade applicable to the transaction. (grifos nossos)

#### G. Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP-V, México, 1994)

Na redação prevista no artigo 7º da Convenção, verifica-se claramente a inexistência de qualquer liame objetivo que limite a vontade das partes na escolha da *lex contractus*, eliminando, de forma inequívoca, confusão que geralmente se faz em torno da cláusula de eleição de foro com a de lei aplicável.

Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP-V, México, 1994)

CHAPTER II

Determination of applicable law

## Article 7

*The contract shall be governed by the law chosen by the parties.* The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same. (grifos nossos)

Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.

#### H. Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL (Buenos Aires, 1998)<sup>258</sup>

O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL inovou, ao prever duas possibilidades: a tradicional, com remissão aos ordenamentos jurídicos dos Estados, com uma grande limitação, pois a escolha seria feita com base nas regras de conexão internas; e a de remissão direta aos princípios do direito do comércio internacional, no que constituiu um grande avanço, pois não elege apenas um princípio individualizado da *lex mercatoria*, mas todo o seu arcabouço jurídico material, de que já tratamos em seções anteriores. Aos árbitros são conferidas as mesmas possibilidades, na ausência de estipulação pelos contraentes.

Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL (Buenos Aires, 1998)

#### Artigo 10. Direito aplicável à controvérsia pelo tribunal arbitral

As partes poderão eleger o *direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado* e seus princípios, assim como no *direito do comércio internacional*. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes. (grifos nossos)

#### 1.5.2.2 Proximidade, “Relação Mais Estreita” ou “Interesse Sérió”

O princípio da proximidade, depois do da autonomia da vontade, foi o mais consagrado nas Convenções Internacionais como forma de reconhecimento da ampliação das conexões jurídicas possíveis em DIPr que, tradicionalmente, estavam vinculadas a critérios

<sup>258</sup> Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.719, de 4 de junho de 2003. D.O.U. de 5 de junho de 2003.

rígidos como nacionalidade ou domicílio dos contraentes, ou especialmente muito definidos, como o local de celebração ou o da execução.

O princípio é aplicado, portanto, na ausência de exercício da autonomia da vontade na conformação direta do estatuto jurídico aplicável ao contrato. Ao se estabelecer esta ideia de proximidade material, como sinônimo de “relação mais estreita” ou do “interesse sério”, procura-se reforçar a própria intenção ou vontade das partes, em detrimento de critérios objetivos que possam não refleti-las, ainda que se possa questionar o grau de “incerteza” ou “indeterminação” desta proximidade. As Convenções também trataram de mitigar estes aspectos, conforme veremos *infra*.

## A. Convenções da Haia

### A.1 Convenção sobre a Lei Aplicável à Venda Internacional de Mercadorias (1955)

A Convenção da Haia de 1955 procurou, sem mencionar a proximidade como princípio, estabelecer diversas formas de conexão, como vemos no artigo 3º, buscando estabelecer tal critério, a depender da situação fática. Regra geral: a venda é regida pela lei do país onde o vendedor tem a sua residência habitual no momento da recepção da proposta. Porém, se essa proposta não for recebida pelo vendedor, pessoalmente, mas no seu estabelecimento, a venda passa a ser regulada pela lei do país onde se situa tal estabelecimento. Vemos, claramente, o deslocamento do elemento de conexão da pessoa do vendedor para a localização do seu negócio.

Porém, a Convenção estabelece outras exceções, todas com o objetivo de “chegar mais próximo” da relação jurídica, garantindo-lhe efetividade. Assim, a venda passa a ser regulada pela lei do país onde o comprador tem a sua residência habitual, ou do país onde se encontra a empresa através da qual ele efetuou a encomenda, nos casos em que proposta tenha sido recebida nesse país, tanto pelo vendedor quanto por seus agentes/prepostos. E, se a venda se der em mercado bursátil ou em leilões, aplica-se a lei do país onde se localiza tal mercado, ou onde ocorrer o leilão.

Convenção sobre a Lei Aplicável à Venda Internacional de Mercadorias (1955)

Article 3

A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où



*le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement.* (grifos nossos)

Toutefois, *la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue*, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur. (grifos nossos)

S'il s'agit d'un marché de bourse ou d'une vente aux enchères, *la vente est régie par la loi interne du pays où se trouve la bourse ou dans lequel sont effectuées les enchères.* (grifos nossos) (grifos nossos)

## A.2 Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Representação (1978)

Já nesta Convenção da Haia, mais recente, atentou-se para o fato de que o elenco das hipóteses de proximidade, além de não esgotá-las, cria, na verdade, uma espécie de “expansão limitada” dos fatores de conexão, tornando a proximidade taxativa quanto às hipóteses elencadas, em função da impossibilidade de se criar uma regra de conexão especificamente exemplificativa, em função da sua cogência. Por isso, o que na Convenção de 1955 poderia ser depreendido da redação, agora possui menção expressa, como vemos no artigo 6º:

Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Representação (1978)

Article 6

In so far as it has not been chosen in accordance with Article 5, the applicable law shall be the internal law of the State where, at the time of formation of the agency relationship, the agent has his business establishment or, if he has none, his habitual residence.

However, the internal law of the State where the agent is primarily to act shall apply if the principal has his business establishment or, if he has none, his habitual residence in that State.

Where the principal or the agent has more than one business establishment, this Article refers to the establishment with which the *agency relationship is most closely connected.* (grifos nossos)

## A.3 Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986)

A Convenção de 1986, atualizando a de 1955, não deixa de estabelecer hipóteses específicas de determinação da lei aplicável, mas, sem exauri-las, estabelece o princípio da “relação mais estreita” em seu artigo 8º, alínea 3, inclusive em detrimento das conexões estabelecidas na própria Convenção, ainda que em caráter “excepcional”.

Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986)

Article 8

(1) To the extent that the law applicable to a contract of sale has not been chosen by the parties in accordance with Article 7, the contract is governed by the law of the State where the seller has his place of business at the time of conclusion of the contract. (grifos nossos)

(2) However, the contract is governed by the law of the State where the buyer has his place of business at the time of conclusion of the contract, if: (grifos nossos)

a) negotiations were conducted, and the contract concluded by and in the presence of the parties, in that State; or

b) the contract provides expressly that the seller must perform his obligation to deliver the goods in that State; or

c) the contract was concluded on terms determined mainly by the buyer and in response to an invitation directed by the buyer to persons invited to bid (a call for tenders).

(3) By way of exception, where, in the light of the circumstances as a whole, for instance any business relations between the parties, the contract is manifestly more closely connected with a law which is not the law which would otherwise be applicable to the contract under paragraphs 1 or 2 of this Article, the contract is governed by that other law. (grifos nossos)

(4) Paragraph 3 does not apply if, at the time of the conclusion of the contract, the seller and the buyer have their places of business in States having made the reservation under Article 21, paragraph 1, sub-paragraph b).

(5) Paragraph 3 does not apply in respect of issues regulated in the United Nations Convention on contracts for the international sale of goods (Vienna, 11 April 1980) where, at the time of the conclusion of the contract, the seller and the buyer have their places of business in different States both of which are Parties to that Convention.

A.4 Convenção sobre a Lei Aplicável a Certos Direitos Relativos a Títulos e Valores Mobiliários em Posse de Intermediários (2006)

Nessa Convenção, o princípio da proximidade aparece, primeiramente, a partir do elemento geográfico, que muda conforme o preenchimento, ou não, dos requisitos acessórios a este critério:

CONVENÇÃO SOBRE A LEI APLICÁVEL A CERTOS DIREITOS RELATIVOS A TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS EM POSSE DE INTERMEDIÁRIOS (2006)

Chapter II - Applicable Law

Article 5

Fall-back rules

(1) If the applicable law is not determined under Article 4, but it is expressly and unambiguously stated in a written account agreement that the relevant

intermediary entered into the account agreement through a particular office, the law applicable to all the issues specified in Article 2(1) is the law in force in the State, or the territorial unit of a Multi-unit State, in which that office was then located, provided that such office then satisfied the condition specified in the second sentence of Article 4(1). In determining whether an account agreement expressly and unambiguously states that the relevant intermediary entered into the account agreement through a particular office, none of the following shall be considered: (grifos nossos)

- a) a provision that notices or other documents shall or may be served on the relevant intermediary at that office;
- b) a provision that legal proceedings shall or may be instituted against the relevant intermediary in a particular State or in a particular territorial unit of a Multi-unit State;
- c) a provision that any statement or other document shall or may be provided by the relevant intermediary from that office;
- d) a provision that any service shall or may be provided by the relevant intermediary from that office;
- e) a provision that any operation or function shall or may be carried on or performed by the relevant intermediary at that office.

(2) If the applicable law is not determined under paragraph (1), that law is the law in force in the State, or the territorial unit of a Multi-unit State, under whose law the relevant intermediary is incorporated or otherwise organised at the time the written account agreement is entered into or, if there is no such agreement, at the time the securities account was opened; if, however, the relevant intermediary is incorporated or otherwise organised under the law of a Multi-unit State and not that of one of its territorial units, the applicable law is the law in force in the territorial unit of that Multi-unit State in which the relevant intermediary has its place of business, or, if the relevant intermediary has more than one place of business, its principal place of business, at the time the written account agreement is entered into or, if there is no such agreement, at the time the securities account was opened. (grifos nossos)

(3) If the applicable law is not determined under either paragraph (1) or paragraph (2), that law is the law in force in the State, or the territorial unit of a Multi-unit State, in which the relevant intermediary has its place of business, or, if the relevant intermediary has more than one place of business, its principal place of business, at the time the written account agreement is entered into or, if there is no such agreement, at the time the securities account was opened. (grifos nossos)

## B. Convenções Europeias

### B.1 Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980)

Na Convenção de Roma, o princípio da proximidade também é consagrado de forma expressa, para os casos de ausência de designação da *lex contractus*. Porém, apresenta maiores avanços: cria hipóteses de presunção de conexão mais estreita, no artigo 4º, alíneas 2 e 3, e uma presunção particular para o contrato de transporte de mercadorias (alínea 4). Por

fim, mitiga tais presunções em favor da consideração do “conjunto das circunstâncias que envolvem o contrato”.

#### **Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980)**

##### **Artigo 4º - Lei aplicável na falta de escolha**

1. Na medida em que a lei aplicável ao contrato não tenha sido escolhida nos termos do artigo 3º, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país. (grifos nossos)

2. Sem prejuízo do disposto no nº 5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa coletiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da atividade econômica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deve ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento. (grifos nossos)

3. Quando o contrato tiver por objeto um direito real sobre bem imóvel, ou um direito de uso de um bem imóvel, presume-se, em derrogação do disposto no nº 2, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa. (grifos nossos)

4. A presunção do nº 2 não é admitida quanto ao contrato de transporte de mercadorias. Presume-se que este contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem o seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor. Para efeitos de aplicação do presente nº, são considerados como contratos de transporte de mercadorias os contratos de fretamento relativos a uma única viagem ou outros contratos que tenham por objeto principal o transporte de mercadorias. (grifos nossos)

5. O disposto no nº 2 não se aplica se a prestação característica não for determinável. As presunções dos nºs 2, 3 e 4 não serão admitidas sempre que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país. (grifos nossos)

#### **B.2 Atualização da Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I, 2008)**

A versão atualizada da Convenção de Roma de 1980, aprovada em 2008, preferiu adotar outro caminho: nomear a lei aplicável, na ausência de escolha, às modalidades principais de contratos: compra e venda de mercadorias; prestação de serviços; contrato que tem por objeto um direito real sobre um bem imóvel ou seu arrendamento; contrato de franquia; contrato de distribuição; contrato de compra e venda de mercadorias em hasta

pública e compra ou venda de instrumentos financeiros. Outras modalidades contratuais estão reguladas em artigos específicos.

Um retrocesso, porque cria uma lista de modalidades contratuais e estabelece uma regra de conexão específica para cada uma. Propõe-se um DIPr uniformizado, mas acaba prevendo uma multiplicidade de soluções. Para os contratos não listados, aplica-se o critério da residência habitual da parte que deve efetuar sua “prestação característica” (alínea 2 do artigo 4º). Além da definição do que seja “prestação característica”, um conceito, *a priori*, juridicamente indeterminado, e se a Convenção se pretende aplicável às obrigações contratuais de maneira geral em matéria civil e comercial, como estabelecido em seu artigo 1º, não deveria se preocupar com soluções específicas para cada tipo de obrigação, mas sim com uma opção mais aberta, principiológica, que pudesse ser harmonicamente aplicável a todas as modalidades existente e a outras que surjam no futuro. A crítica torna-se mais contundente na medida em que o princípio da proximidade é adotado como regra subsidiária às conexões individualizadas estabelecidas para as modalidades contratuais mencionadas (a alínea 3 remete-se supletivamente ao disposto nas alienas anteriores), e não como uma regra geral para as modalidades de obrigações não listadas.

Atualização da Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I, 2008)

Artigo 4º - Lei aplicável na falta de escolha

1. Na falta de escolha nos termos do artigo 3º e sem prejuízo dos artigos 5º a 8º, a lei aplicável aos contratos é determinada do seguinte modo:

- a) O contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual;
- b) O contrato de prestação de serviços é regulado pela lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual;
- c) O contrato que tem por objeto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel é regulado pela lei do país onde o imóvel se situa;
- d) Sem prejuízo da alínea c), o arrendamento de um bem imóvel celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos é regulado pela lei do país em que o proprietário tem a sua residência habitual, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país;
- e) O contrato de franquia é regulado pela lei do país em que o franqueado tem a sua residência habitual;
- f) O contrato de distribuição é regulado pela lei do país em que o distribuidor tem a sua residência habitual;
- g) O contrato de compra e venda de mercadorias em hasta pública é regulado pela lei do país em que se realiza a compra e venda em hasta pública, caso seja possível determinar essa localização;

h) Um contrato celebrado no âmbito de um sistema multilateral que permita ou facilite o encontro de múltiplos interesses de terceiros, na compra ou venda de instrumentos financeiros, na acepção do ponto 17) do n.º 1 do artigo 4.º da Diretiva 2004/39/CE, de acordo com regras não discricionárias e regulado por uma única lei, é regulado por essa lei.

2. Caso os contratos não sejam abrangidos pelo n.º 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas a) a h) do n.º 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efetuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual.

3. Caso resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país. (grifos nossos)

4. Caso a lei aplicável não possa ser determinada nem em aplicação do n.º 1 nem do n.º 2, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita. (grifos nossos)

### C. Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a Igualdade de Tratamento entre a Lei do Foro e a Lei Estrangeira (Santiago de Compostela, 1989)

A Resolução do IDI que dispõe sobre a equiparação entre a *lex fori* e a lei estrangeira, para efeito da escolha da lei aplicável possui um aspecto interessante: pressupõe que há uma tendência de aplicação da lei do foro e, portanto, para contrabalançar, estabelece que os elementos de conexão devem operar no sentido de levar à aplicação da lei estrangeira. Estabelece, inclusive, hipóteses de “anticonexão” com as normas do foro, nos casos em que gerem qualquer espécie de discriminação entre as partes, ou seja, quando uma delas esteja “pessoalmente conectada ao Estado do foro”, como nos casos de aplicação de regras de nacionalidade ou religiosas.<sup>259</sup>

Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a Igualdade de Tratamento entre a Lei do Foro e a Lei Estrangeira (Santiago de Compostela, 1989)

#### I. In Shaping Choice of Law Rules

1. It is recommended that States:

a) unless their essential interests require otherwise, adopt choice of law rules based on connecting factors which lead to the application of foreign law under the same conditions as lead to the application of the law of the forum; and, consequently, (grifos nossos)

b) refrain from adopting choice of law rules which broaden the scope of the application of the law of the forum as against that of foreign law; and, in particular, exclude such rules whenever their application would result in discrimination between parties based on factors under which one of them is

<sup>259</sup> Interessante tal preocupação com a aplicação de normas de fundo religioso, especialmente se o local de surgimento e solução da controvérsia for fortemente influenciado por elas, como nos países islâmicos e no Vaticano.

*personally connected to the state of the forum*, such as *nationality or religion*. (grifos nossos)

2) It is recommended that States, when it seems necessary to them to adopt subsidiary choice of law rules, use connecting factors which lead to the application of foreign law under the same conditions as lead to the application of the law of the forum. (grifos nossos)

3) It is recommended that States, when introducing choice of law rules whose objective is to achieve a particular substantive result, such as alternative reference rules, use connecting factors which lead to the application of foreign law under the same conditions as lead to the application of the law of the forum. (grifos nossos)

#### D. Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP-V, México, 1994)

A Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, aprovada no âmbito da Quinta Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-V), adotou expressamente o princípio da proximidade no seu artigo 9º, estabelecendo diretrizes para sua aplicação pelo órgão julgador, quais sejam: a observância de aspectos objetivos e subjetivos da relação jurídica para determinar a lei aplicável.

Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP-V, México, 1994)

##### CHAPTER II

##### Determination of applicable law

##### Article 9

If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties. (grifos nossos)

The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations. (grifos nossos)

Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract. (grifos nossos)

Como vimos, o Brasil assinou, mas não ratificou a Convenção. A doutrina brasileira advoga que o princípio da proximidade é de aplicabilidade implícita na determinação da lei aplicável, a que se pode recorrer subsidiariamente aos dispositivos da LICC, em função da assinatura da Convenção. Com a sua ratificação e publicação, passaria a fazer parte do direito

interno, o que tem sido, segundo Jacob Dolinger, enfaticamente preconizado pelos autores que tratam da matéria.<sup>260</sup>

Sobre o princípio da proximidade, o autor concluir, com certo pesar: “o Brasil é um dos poucos países que não aderiu aos diplomas internacionais que consagram o princípio da aplicação da lei mais próxima à relação jurídica, mantendo em vigor sua mais do que sexagenária lei introdutória, contendo vetustas normas de direito internacional privado.”<sup>261</sup>

### 1.5.2.3 *Dépeçage* Material ou “*Mosaik-Method*”

Pode-se dizer que *dépeçage* material da relação contratual é admitido no DIPr, por força de algumas Convenções Internacionais que o adotam.

#### A. Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986)

Nesta Convenção, a separabilidade de partes do contrato é admitida quando se facultava às partes possibilidade de alteração da lei aplicável ao contrato, ou a parte dele. Vejamos:

Chapter II - Applicable Law  
Section 1 - Determination of the applicable law  
Article 7

(1) A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract.

(2) The parties may at any time agree to subject the contract *in whole or in part to a law other than that which previously governed it*, whether or not the law previously governing the contract was chosen by the parties. Any change by the parties of the applicable law made after the conclusion of the contract does not prejudice its formal validity or the rights of third parties.  
(grifos nossos)

#### B. Convenções Europeias

---

<sup>260</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 526.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 525.



## B.1 Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980)

A Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980, se comparada com a da Haia de 1986, é explícita ao prever textualmente a possibilidade se destacar parte do contrato e submetê-la a uma lei específica, ou, na falta de designação, por meio da aplicação do princípio da proximidade, em casos excepcionais (que a Convenção não define). *In verbis*:

Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980)

### TÍTULO II – REGRAS UNIFORMES

#### Artigo 3º

##### Liberdade de escolha

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato. (grifos nossos)  
(...)

#### Artigo 4º

##### Lei aplicável na falta de escolha

1. Na medida em que a lei aplicável ao contrato não tenha sido escolhida nos termos do artigo 3º, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país. (grifos nossos)  
(...)

## B.2 Atualização da Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I, 2008)

Quanto à liberdade de escolha da lei aplicável a parte do contrato, a atualização á Convenção de Roma de 1980 em nada inova. A inovação, negativa, como já frisamos nos comentários ao princípio da proximidade, é a submissão do *dépeçage* a regras de conexão específicas de acordo com várias modalidades contratuais, como se o contrato não fosse um instrumento com cláusulas que mereçam tratamento jurídico diferenciado, mas sim um verdadeiro “esqueleto” de subcontratos. E, ainda que as partes sujeitas ao *dépeçage* fujam a essa lógica, a Convenção Roma I estabelece uma regra de conexão rígida: a aplicação da lei

do país em que a parte que deve efetuar a “prestação característica” do contrato tem a sua residência habitual.

Atualização da Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I, 2008)

## CAPÍTULO II – REGRAS UNIFORMES

### Artigo 3º

#### Liberdade de escolha

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato. (grifos nossos)  
(...)

### Artigo 4º

#### Lei aplicável na falta de escolha

(...)

2. Caso os contratos não sejam abrangidos pelo n.º 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas a) a h) do n.º 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efetuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual. (grifos nossos)

C. Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP-V, México, 1994)

A Convenção da CIDIP-V estabelece o *dépeçage* quando autoriza que parte do contrato venha a ser submetida a uma lei diferente da lei anteriormente designada pelas partes ou aplicável pro força de suas cláusulas.

Uma interpretação literal do artigo 8º da Convenção dá a entender que o *dépeçage* não poderia ser pactuado pelas partes no momento da elaboração do contrato, mas apenas em um momento posterior, em que as partes acordassem a sua alteração, em função da utilização da expressão “*a law other than that to which it was previously subject*”. Pode-se contrapor a esta argumentação dois aspectos: o início da redação do artigo, quando diz “*The parties may at any time agree*”, ou seja, se os contraentes podem acordar, a qualquer tempo, a submissão do contrato em seu todo, ou em parte, a uma lei específica, podem fazê-lo no início (quando da pactuação); e o condicionamento da interpretação a um princípio geral do direito, o brocardo latino *cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*, ou seja: a quem é permitido o mais, é permitido também o menos. Se, pelo artigo 7º, as partes têm total poder para pactuar a lei

aplicável à totalidade do contrato, podem fazer também uma designação parcial, aplicável a cláusulas específicas por elas escolhida.

Já o artigo 9º, que trata da lei aplicável na ausência de estipulação contratual, condiciona o *dépeçage* ao princípio da proximidade, admitindo-o em caráter excepcional.

Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP-V, México, 1994)

## CHAPTER II

### Determination of applicable law

#### Article 7

The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same.

#### Article 8

The parties may at any time agree that the contract shall, *in whole or in part, be subject to a law other than that to which it was previously subject*, whether or not that law was chosen by the parties. Nevertheless, that modification shall not affect the formal validity of the original contract nor the rights of third parties. (grifos nossos)

#### Article 9

If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties.

The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations.

Nevertheless, if a part *of the contract were separable from the rest* and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract. (grifos nossos)

D. Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a Autonomia da Vontade das Partes nos Contratos Internacionais entre Pessoas Privadas ou Entidades (Basileia, 1991)

Por fim, a Resolução do IDI sobre a Autonomia da Vontade das Partes nos Contratos Internacionais entre Pessoas Privadas ou Entidades é muito clara sobre a possibilidade de separabilidade do direito aplicável a uma ou mais partes do contrato, trazendo uma redação ideal, que não gera qualquer problema de ordem interpretativa:

Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a Autonomia da Vontade das Partes nos Contratos Internacionais entre Pessoas Privadas ou Entidades (Basileia, 1991)

Article 7

The parties may choose the law to be applied to the whole or to one or more parts of the contract. (grifos nossos)

#### 1.5.2.4 Equidade ou *Ex Aequo et Bono*

Como vimos, o princípio da equidade é um princípio geral do direito que tem por função a orientação da interpretação da aplicação do direito especialmente por terceiros, estranhos à relação contratual, quando da solução de controvérsias relativas ao fundo da relação jurídica. Apesar de seu caráter implícito, ou de sua carreação através da *lex mercatoria*, alguns documentos elaborados por Instituições ou mesmo Convenções Internacionais adotam-no expressamente.

A. Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem no Direito Internacional Privado (consolidado das Sessões de Amsterdã, 1957 e Neuchâtel, 1959)<sup>262</sup>

A Consolidação das Resoluções de Amsterdã (1957) e de Neuchâtel (1959) previa que a *lex fori* poderia autorizar que as partes conferissem aos árbitros o julgamento por equidade. Com a evolução do DIPr, especialmente com a consagração do princípio da autonomia da vontade, vemos que esta solução mostra-se bastante antiquada, uma vez que submete um princípio à autorização de uma regra (inverte a hierarquia de interpretação das mesmas nos sistemas jurídicos).

Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem no Direito Internacional Privado (consolidado das Sessões de Amsterdã, 1957 e Neuchâtel, 1959)

F. Law Applicable to the Substance of the Difference

Article 11

The rules of choice of law in force in the state of the seat of the arbitral tribunal must be followed to settle the law applicable to the substance of the difference.

Within the limits of such law, arbitrators shall apply the law chosen by the parties or, in default of any express indication by them, shall determine what

<sup>262</sup> <[http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1959\\_neu\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1959_neu_01_en.pdf)>

is the will of the parties in this respect having regard to all the circumstances of the case.

If the law of the place of the seat of the arbitral tribunal so authorises them, the parties may give the arbitrators power to decide *ex aequo et bono* or according to the rules of professional bodies. (grifos nossos)

## B. Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL (Buenos Aires, 1998)<sup>263</sup>

No âmbito do MERCOSUL, o Acordo de Arbitragem Comercial Internacional de 1998 estabelece duas formas modalidades de fundamentação dos laudos arbitrais proferidos com base em sua aplicação: arbitragem de direito (na qual a fundamentação se dará com base no direito positivo) ou por equidade, em que a solução será buscada através da via principiológica. Prevê que a regra é a primeira modalidade, mas que as partes podem ab-rogá-la, optando pela via *ex aequo et bono*.

Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL (Buenos Aires, 1998)

Artigo 9. Arbitragem de direito ou de equidade

Por disposição das partes, a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade. Na ausência de disposição, será de direito.

## C. Regulamento de Arbitragem *Ad Hoc* da UNCITRAL (2010) e Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL (1985, 2006)

O Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL adota a mesma solução do Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL e da Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional elaborada pela própria UNCITRAL em 1985 e atualizada em 2006, ao determinar, no seu artigo 35, aliena 2, que o tribunal arbitral só pode lançar mão do princípio da equidade se expressamente autorizado pelas partes e, ainda, condicionada aos termos do contrato e aos usos do comércio, aplicáveis à transação.

Regulamento de Arbitragem *Ad Hoc* da UNCITRAL (2010)

Applicable law, amiable compositeur

Article 35

(...)

<sup>263</sup> Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.719, de 4 de junho de 2003. D.O.U. de 5 de junho de 2003.

2. The arbitral tribunal shall decide as *amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so.* (grifos nossos)

3. In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract, if any, and shall take into account any usage of trade applicable to the transaction.

Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL (1985, 2006)

#### CHAPTER VI. MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28. Rules applicable to substance of dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) *The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.* (grifos nossos)

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

### 1.5.2.5 Validade (Lex Validitatis), Efetividade (L'effet Utile) ou Favor Negotii

O princípio da validade, como vimos, possui duas vertentes: a preocupação com a forma e com o conteúdo do negócio jurídico e, segundo Jacob Dolinger, é considerado uma variante do princípio da proteção,<sup>264</sup> ou seja, tem por objetivo a preservação da relação jurídica materializada nos contratos internacionais.

A. Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem entre Estados, Empresas Estatais ou suas Instrumentalidades e Empresas Estrangeiras (Santiago de Compostela, 1989)

A Resolução do IDI de Santiago de Compostela, em seu artigo 4º, define uma série de critérios aplicáveis à verificação da validade da pactuação da cláusula compromissória, quais sejam: (1) lei escolhida pelas partes; (2) lei indicada pelo sistema de direito internacional

<sup>264</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 99.

privado convencionado pelas partes; (3) princípios gerais de direito internacional público ou privado; (4) princípios gerais da arbitragem internacional; ou (5) a lei que seria aplicada pelos tribunais do foro em que o tribunal arbitral tem a sua sede. Condiciona, todavia, a escolha feita a uma destas alternativas ao princípio da validade ou da eficácia da cláusula compromissória.

Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem entre Estados, Empresas Estatais ou suas Instrumentalidades e Empresas Estrangeiras (Santiago de Compostela, 1989)

Article 4

Where the validity of the agreement to arbitrate is challenged, the tribunal shall resolve the issue by applying one or more of the following: the law chosen by the parties, the law indicated by the system of private international law stipulated by the parties, general principles of public or private international law, general principles of international arbitration, or the law that would be applied by the courts of the territory in which the tribunal has its seat. *In making this selection, the tribunal shall be guided in every case by the principle in favorem validitatis.* (grifos nossos)

B. Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual do MERCOSUL (Buenos Aires, 1994)<sup>265</sup>

Por fim, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual do MERCOSUL trata da pactuação da cláusula de eleição de foro, fundamental para trazer segurança jurídica em termos processuais sobre o foro Estatal competente para a solução de controvérsias. O artigo 5º prevê o momento de celebração e os direitos nacionais potencialmente aplicáveis para determinar a validade e aos efeitos da cláusula, mas condiciona a escolha do que efetivamente será considerado à observância do princípio da validade, conforme a alínea 3:

Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual do MERCOSUL (Buenos Aires, 1994)

TÍTULO II  
Jurisdição Internacional

CAPÍTULO I  
Eleição de Jurisdição

(...)  
Artigo 5

<sup>265</sup> Promulgado pelo Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996, publicado no D.O.U. de 18.12.1996.

1. O acordo de eleição de jurisdição pode realizar-se no momento da celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio.
2. A validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo.
3. Em todo caso, será aplicado o *direito mais favorável de validade do acordo*.  
(grifos nossos)



## 2 PRINCÍPIO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

### 2.1 Conceituação

O conceito de imunidade de jurisdição remete-nos, indissociavelmente, a duas palavras-chave: jurisdição e soberania.<sup>266</sup> A jurisdição como o poder sobre coisas e pessoas em determinado território e a soberania como a relação de poder que determinado Estado exerce nos limites deste território.<sup>267</sup> Destas duas noções, pode-se extrair a seguinte formulação: nenhum Estado se sujeita a qualquer emanção de poder oriunda de outro, simplesmente pela razão de que este poder é exercido por cada um dentro de seus próprios limites territoriais. Não há sobreposição de poder entre entes de mesma natureza. Esta ideia é que pretendia transmitir o brocardo consolidado desde a Idade Média: *par in parem non habet imperium nec iudicium* (o igual não possui soberania sobre o seu igual, nem pode exercer jurisdição sobre ele).<sup>268</sup> É assim que surge a formulação de que um Estado, perante a jurisdição de outro, a ela é imune.

A jurisdição, conforme leciona Francisco Rezek, possui duas características: a generalidade e a exclusividade. Por generalidade se entende que as competências do Estado, exercidas e distribuídas sobre determinado território, são amplas, a saber: de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. E por exclusividade se assume que nenhum outro soberano pode, ao concretizar as competências abrangidas pela generalidade, exercer qualquer influência neste processo.<sup>269</sup>

---

<sup>266</sup> Assim leciona Amílcar de Castro: “A respeito da origem da jurisdição, como poder oficial de julgar, ou de apreciar judicialmente os fatos, deve ver-se bem que cada nação a adquire no momento de estabelecer sua soberania, que é a competência para determinar a competência.” CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 531.

<sup>267</sup> Adotamos, aqui, o conceito de território apresentado por Francisco Rezek: “O território de que falamos é a área terrestre do Estado, somada àqueles espaços hídricos de interesse puramente interno, como os rios e lagos que se circunscrevem no interior dessa área sólida. Sobre o território assim entendido, o Estado soberano tem jurisdição geral e exclusiva.” REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 160-161.

<sup>268</sup> RODAS, João Grandino. Brasil submetido à jurisdição dos Estados Unidos? *Correio Braziliense*, Brasília, 19 jul. 1999, Caderno Direito e Justiça, p. 1. O professor Antenor Pereira Madruga Filho defende uma “teoria da fundamentação autônoma”, ou seja, a imunidade de jurisdição fundamenta-se em si mesma, enquanto norma costumeira do Direito Internacional, e não no também costume internacional *par in parem non habet imperium*, que poderia ser apenas reputado por fonte histórica da imunidade. MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 184-198 e 407-408.

<sup>269</sup> REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 161.

Outro conceito, o de competência, é correlato ao de jurisdição, porque nada mais é do que sua medida ou grau de abrangência.<sup>270</sup> Em termos internacionais, contudo, a abrangência da jurisdição se confunde com a competência territorial do Poder Judiciário de determinado país, de modo que as problemáticas que surgirem serão resolvidas com o estudo do conflito entre competências internacionais ou entre jurisdições. Pode-se dizer que há uma similitude de acepções entre as palavras jurisdição e competência.<sup>271</sup> Amílcar de Castro afirma ser a jurisdição consequência da soberania e a competência, os limites da função jurisdicional.<sup>272</sup>

Estabelecidos os pressupostos conceituais, há diversas formas e se definir a imunidade de jurisdição. Seja por exclusão, em que o princípio se acaba assemelhando a uma regra de competência exclusiva da autoridade judiciária,<sup>273</sup> seja pela invocação de uma norma consuetudinária estabelecida entre entes soberanos – os Estados – e que afasta determinados atos praticados por um ao “crivo decisório do outro”, quer na etapa de conhecimento quanto na de execução de um contencioso.<sup>274</sup>

Dessarte, a imunidade, como conceitua de forma clássica o professor Haroldo Valladão, é a “isenção, para certas pessoas, da jurisdição civil, penal, administrativa, por força de normas jurídicas internacionais, originalmente costumeiras, praxe, doutrina, jurisprudência, ultimamente convencionais, constantes dos tratados e convenções.”<sup>275</sup>

Seu surgimento e sua perpetuação ao longo do tempo serão analisados no item que se segue.

## 2.2 Razão Histórica E A Evolução Do Conceito

A ideia de imunidade de jurisdição ganha projeção com a expressão latina *par in paren non habet imperium*. Se enxergada com os olhos de hoje, na era da globalização e da

<sup>270</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 19.

<sup>271</sup> JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do Conflito de Jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 09-12. A autora acaba por constatar que o termo competência internacional é o que normalmente se utiliza no Brasil como forma de se referir à jurisdição brasileira.

<sup>272</sup> CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 531.

<sup>273</sup> Quem assim entende é Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, a partir da leitura do seguinte trecho: “A imunidade de jurisdição tem por base restringir a solução de eventuais litígios ao *Judiciário do próprio Estado envolvido na controvérsia*.” Vide DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 394.

<sup>274</sup> CARVALHO, Júlio Marino de. A Renúncia de Imunidades no Direito Internacional. *R. dos Tribunais*, São Paulo, n. 674, dez. 1991. p. 42.

<sup>275</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 145.

virtualização do comércio internacional, poderia ser considerada radical. Contudo, sua perpetuação no direito internacional é compreensível e explicável à luz da necessidade de autoafirmação dos nascentes Estados Nacionais europeus, que se formavam com a incorporação de feudos, que, até então, significaram o esfacelamento do poder em diversas frações territoriais. Os novos Estados surgiram e passavam a fazer fronteira com os demais, e uma forma de haver uma estabilização política era exatamente estabelecer o preceito de que cada emanção do poder é exercida dentro de sua respectiva fração territorial. Neste sentido, afirma Athos Gusmão Carneiro que as diversas jurisdições foram se unificando em torno de uma só, presidida pelos Estados Nacionais:

Na Idade Média, a fragmentação do poder público entre os senhores feudais implicou a multiplicação das *jurisdições* baronais e eclesiásticas, que se foram extinguindo na medida em que os reis logravam consolidar seu poderio e unificavam seus povos, criando os Estados.<sup>276</sup> (grifos nossos)

A partir desta situação de fato consolidou-se o conceito absoluto<sup>277</sup> de imunidade de jurisdição, pois a jurisdição “passou a ser a função exclusiva dos órgãos estatais, o poder de dizer o direito passou a se confundir com os limites políticos do território do Estado.”<sup>278</sup> Ideia correlata, nos países do *Common Law*, era expressada pelo adágio “*The king can do no wrong*”, ou seja, o soberano não cometia erros e por isso não se submetia aos tribunais de seu próprio Estado, e tampouco, por maior razão, a qualquer tribunal estrangeiro.<sup>279</sup>

Gaetano Morelli, autor de uma importante obra sobre Processo Civil Internacional, afirma que as razões do surgimento do costume imunidade de jurisdição está:

en la dificultad de distinguir entre actos realizados por el Estado como titular de la potestad de imperio en el propio ordenamiento, abiertamente sustraídos a la esfera de eficacia del ordenamiento extranjero, y actos realizados por el

<sup>276</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4. (grifo do original)

<sup>277</sup> BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. *Imunidade de Jurisdição: O Estado federal e os estados-membros*. In: TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127-128.

<sup>278</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 16.

<sup>279</sup> DOLINGER, Jacob. A Imunidade Jurisdicional dos Estados. *R. de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 10. O professor Antenor Madrugá, tal qual afirmado à nota 4, repudia a remissão do conceito de imunidade de jurisdição a qualquer outra formulação anteriormente existente. Aceita-a, no máximo, como fonte ou reminiscência histórica. O mesmo ocorre em relação ao princípio “*The king can do no wrong*”, uma vez que, admitida a correspondência, na atualidade, com a imunidade de jurisdição, criar-se-ia uma situação em que o conflito não poderia ser resolvido nem mesmo perante os tribunais do Estado-réu, caracterizando a mais absoluta denegação de justiça, que não encontraria guarida no Direito Internacional. MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 135-136.

Estado como sujeto de ese ordenamiento, ya en la dificultad de aplicar prácticamente, mediante la ejecución forzosa, las decisiones pronunciadas contra los Estados extranjeros, ya finalmente en los peligros de choques y de disensiones que pueden turbar las buenas relaciones entre los Estados interesados.<sup>280</sup>

Contudo, há autores nacionais, como Pontes de Miranda, que afastam o caráter consuetudinário da imunidade, reputando-a como fruto das relações entre os Estados, que, ao praticá-la de forma sucessiva, definiram-na como conveniente à manutenção da independência que deveria haver entre eles.<sup>281</sup>

A evolução das relações internacionais e do intercâmbio comercial e econômico entre os países,<sup>282</sup> experimentado já com grande vulto a partir do século XIX e consolidado no século passado, traria como resposta a mitigação da imunidade absoluta, o que veio a denominar-se teoria relativa da imunidade de jurisdição. Jacob Dolinger resenha o quadro que demonstra a transição de uma realidade para a outra:

No século passado (XIX) os Estados passaram a atuar em setores econômicos considerados até então como exclusivamente “privados”. E apesar de sua freqüente competição com indivíduos e entidades privadas, os governos continuaram exigindo o direito de invocar imunidade em processos judiciais decorrentes de questões surgidas de suas atividades competitivas.

Após a 1ª Guerra Mundial, co-existiam duas teorias sobre a imunidade estatal nas jurisdições estrangeiras: imunidade absoluta e a da imunidade restrita, ou relativa, que concedia imunidade aos Estados em relação a seus atos soberanos ou públicos (*jus imperii*), mas recusava o privilégio a seus atos privados ou comerciais (*jus gestionis*).

A imunidade absoluta perde terreno com a realização, pelos Estados, de atos que não são obrigatoriamente levados a cabo por entes soberanos, e que o são, normalmente, por pessoas privadas, que não possuem qualquer privilégio perante os tribunais nacionais, menos ainda perante os de qualquer outro Estado. Formulando-se uma hipótese de um contrato mercantil entre um Estado, de um lado, e um particular, de outro, o eventual descumprimento

---

<sup>280</sup> MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 151.

<sup>281</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, Tomo II, 1974, p. 178.

<sup>282</sup> DOLINGER, Jacob. A Imunidade Jurisdicional dos Estados. *R. de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 10.

de cláusula por aquele e a subsequente alegação da proteção da imunidade de jurisdição podem ser reputados como má-fé na esfera contratual.<sup>283</sup>

Portanto, ao atuar em campos anteriormente franqueados aos particulares, o Estado passou a se despir da proteção trazida pela imunidade, não por vontade própria (que significaria hipótese de renúncia, analisada mais à frente), mas porque passou a haver um questionamento quanto à violação de uma isonomia que deve haver entre partes privadas ou aquelas a elas equiparadas a partir dos atos que desempenham.<sup>284</sup>

Determinadas relações e transações entre países (entre seus agentes econômicos) poderiam ser desempenhadas por particulares – nacionais dos Estados envolvidos – que estariam sujeitos à jurisdição de um ou outro Estado, ou até mesmo de um terceiro, dependendo do local do surgimento do litígio e do interesse das próprias partes, através da pactuação de cláusula de eleição de foro e de lei aplicável ao mérito da controvérsia. Já o Estado e/ou seus agentes, se mantida a imunidade de jurisdição para os atos que realizam como particulares, reservariam para si o direito de discutir eventual controvérsia apenas perante o seu próprio Judiciário, o que limitaria sobremaneira o exercício pleno do direito de ação do demandante (parte privada que contratou com aquele Estado).

Com a flexibilização da regra da imunidade absoluta, o Estado, ou o ente estatal a ele vinculado, passa a ser visto não pela ótica da soberania *stricto sensu* – que impediria a sua submissão à jurisdição de outro Estado – mas sim como uma entidade que, em realizando determinadas atividades em um mesmo patamar que um particular, deveria ser tratada da mesma forma que este, sob pena de gozar de determinadas benesses ou privilégios que não se adaptam ao processo de circulação econômica internacional e de se romper com a princípio fundante de todas as relações em direito internacional: *pacta sunt servanda*.<sup>285</sup> Determinados acordos e pactuações entre Estados e suas entidades e particulares de outro Estado poderiam ser descumpridos sem nenhuma consequência prática para aqueles, pelo que imunes à jurisdição estrangeira. Restaria, para a reparação, a via da jurisdição interna do Estado demandado, o que pode ser custoso, ineficaz ou até impossível para o demandante, dentre

---

<sup>283</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional: uma introdução*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 353. Apesar desta formulação de Celso Mello, com a qual concordamos, não se pode esquecer que resta a possibilidade de ingresso de uma demanda no Poder Judiciário do Estado inadimplente, o que, dependendo da fragilidade econômica da parte, pode significar, dentre outros prejuízos processuais e materiais, a total denegação de justiça, sobre a qual falamos logo adiante.

<sup>284</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. Da Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro perante a Justiça Brasileira. In: DOLINGER, Jacob (Coord.). *A Nova Constituição e o Direito Internacional: propostas e sugestões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 210.

<sup>285</sup> Vide capítulo 1, item 1.2.8, *supra*.

inúmeras razões, pela pressão que o Judiciário interno poderia sofrer no sentido de dar uma solução favorável ao próprio Estado demandado.

Interessante é a observação de Celso de Albuquerque Mello ao afirmar que o princípio da Imunidade de Jurisdição é a exceção, e não a regra no Direito Internacional Público.<sup>286</sup> Na verdade, esta conclusão só pode ser alcançada se observarmos a jurisdição do ponto de vista da competência interna de cada Estado, pois a regra geral é a de que um Estado tem jurisdição – e, por conseguinte, competência – sobre coisas e pessoas sitas em determinado território. A questão aqui é que, do ponto de vista da competência internacional e do relacionamento entre Estados, um na posição de Estado-juiz e o outro, na posição de parte em um litígio, esse, em regra, será imune à jurisdição daquele, com base no princípio da imunidade de jurisdição, e as exceções residiriam naquelas atividades em que o Estado atuaria como pessoa privada.<sup>287</sup> Exceções estas que, em termos numéricos (e não por categorização de atos), podem vir a se tornar dominantes, porque as atividades estatais que, em grande parte, acabam sendo submetidas aos tribunais de outro Estado são as praticadas no fluxo das relações econômicas internacionais, mais dinâmicas do que as formas tradicionais de relacionamento interestatal.

Gaetano Morelli, todavia, traz a audaciosa afirmação no sentido de que o Estado, enquanto sujeito em relação ao ordenamento de outro Estado, submete-se normalmente à sua jurisdição, uma vez que seu exercício se dá indistintamente sobre todas as pessoas, e que o seu afastamento deveria advir de uma “específica norma excepcional”. E a construção é engenhosa: deve-se buscar a existência de uma norma internacional que faça remissão ao ordenamento interno do Estado, limitando a incidência deste ordenamento nos casos em que Estados estrangeiros a ele estejam submetidos. Além disso, seria necessária uma norma de direito interno que estabelecesse limitações à jurisdição do Estado mediante a respectiva concessão da imunidade aos demais.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> É este o trecho em que Celso Mello enxerga a imunidade de jurisdição enquanto exceção e não como regra: “É preciso recordar inicialmente que a imunidade de jurisdição não é regra geral do DIP, pelo contrário, ela é uma exceção. Esta observação parece-nos importante, porque dentro dos princípios da Hermenêutica as exceções devem ser interpretadas restritivamente. A regra geral, que é considerada um direito fundamental do estado, é que: o estado exerce jurisdição sobre as pessoas e coisas que se encontram no seu território. É uma decorrência da soberania. As restrições são impostas pelo DIP em benefício do próprio sistema internacional.” MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional: uma introdução*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 350.

<sup>287</sup> João Grandino Rodas observa a questão a partir de lente inversa à de Celso de Albuquerque Mello. Confira-se: “Inobstante, o conceito de soberania do Estado tenha evoluído nos últimos tempos, pode-se dizer que a imunidade estatal continua sendo a regra, representando exceção a submissão de um Estado à jurisdição estrangeira, quando este age como gestor ou como *État commerçant*.” <sup>287</sup> RODAS, João Grandino. *Brasil submetido à jurisdição dos Estados Unidos? Correio Braziliense*, Brasília, 19 jul. 1999, Caderno Direito e Justiça, p. 1.

<sup>288</sup> MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1943. p. 149-150.

Não concordamos com este entendimento, até porque o que se verificou depois foi que as normas de direito interno aprovadas por muitos países foram editadas não para conceder imunidade, mas sim para limitá-la desde seu espectro amplo para hipóteses em que o Estado atua, de forma mais certa, como *potestas publica*, pois a imunidade absoluta era, até então, inquestionável no plano fático internacional e somente vinha sofrendo ataques pelos trabalhos constantes da doutrina e da jurisprudência internas de diversos países. A conclusão de Morelli parece-nos ainda mais radical: “Hay que reconocer, pues, que la norma internacional relativa a la inmunidad, ya existente, se ha extinguido por desuso en época reciente.”<sup>289</sup>

No Brasil, inclusive, não há notícia da existência de norma interna que respalde ou limite a imunidade de jurisdição, apesar da imperiosidade de se fazer mencionar uma interpretação doutrinária construtiva que enxerga espaço para a imunidade de jurisdição no artigo 4º, inciso IV da Constituição da República.<sup>290</sup>

A nosso sentir, esta interpretação é um tanto elástica, porque tenta extrair do princípio da não intervenção repercussões no Processo Civil Internacional que, em verdade, são ditadas por uma norma de base consuetudinária. O princípio da não-intervenção está muito mais dirigido a uma política de Estado como um todo (principalmente quanto à preferência por relações diplomáticas a serem travadas pelo Poder Executivo, e conseqüente afastamento da beligerância) do que ao bojo de qualquer decisão em que nosso Estado-juiz tenha que se defrontar com outro Estado na condição de parte de um processo por aquele presidido. E, ainda que se entenda a não-intervenção de forma abrangente, ela se assemelha muito mais à Doutrina do Ato de Estado<sup>291</sup> que à teoria da imunidade de jurisdição.

Outra argumentação, agora advogando a ausência do princípio no ordenamento jurídico pátrio, baseia-se em regra de competência posta no artigo 109, inciso I da Constituição da República.<sup>292</sup> Outrossim, parece-nos forçosa, ao asseverar que não há possibilidade de a União se submeter a julgamento em outros países. Olhando-se apenas para

<sup>289</sup> MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1943. p. 153.

<sup>290</sup> ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 223.

#### **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - 1988**

**Art. 4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

IV - não-intervenção;

<sup>291</sup> Esta Doutrina é oriunda da interpretação da jurisprudência norte-americana, significando a não-ingerência nos assuntos internos de outro país. Para a diferenciação em relação ao princípio da imunidade de jurisdição, vide capítulo 3, *infra*.

<sup>292</sup> **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 1988 Art. 109.** Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)

a regra, sem maiores considerações aprofundadas – dado que nem a doutrina consegue formulá-las – percebe-se que seu alcance é o de definir a competência interna, e não internacional como hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.<sup>293</sup> A imunidade de jurisdição existe, mas a sua consagração no nosso ordenamento não pode ser introjetada em dispositivos que não foram articulados, por nosso Poder Constituinte Originário, a confirmá-la nem a negá-la!

Francisco Rezek aponta a tendência atual no que se refere à subsistência do princípio da imunidade de jurisdição, constatação irretorquível da realidade que vem tomando conta do cenário internacional:

ter como provável que a imunidade não subsistirá no que se refere a toda espécie de processo *derivado de relação jurídica entre o Estado estrangeiro e o meio local* – mais exatamente os particulares locais. Isso significa algo afinal previsível por sua perfeita naturalidade: a Justiça local é competente para conhecer das demanda contra o Estado estrangeiro, sem que este possa argüir imunidade, justamente naqueles casos em que o direito substantivo local é aplicável.<sup>294</sup>

### **2.3 Enquadramento Necessário Das Atividades Estatais: A Distinção Doutrinário-Jurisprudencial Entre *Acta Jure Imperii* E *Acta Jure Gestionis***

Não é de hoje que os Estados têm aumentado a sua participação na vida econômica internacional.<sup>295</sup> Durante o século XX, essa participação tornou-se cada vez mais intensa, seja através de órgãos da Administração Direta, seja através de entes da Administração Indireta (ou *instrumentalities*).<sup>296</sup>

As relações internacionais, na atualidade, têm convergido em torno de trocas econômicas e as implicações jurídicas de tal relacionamento entre Estados e particulares na vida jurídica internacional incentivam a abertura de um novo ramo de estudos do Direito

<sup>293</sup> ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 227.

<sup>294</sup> REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso Elementar*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 177. (grifos do original)

<sup>295</sup> Júlio Marino de Carvalho sintetiza bem esse aumento da participação econômica do Estado, que, para ele, é um processo consolidado: “O recrudescimento precipitado da internacionalização e interdependência da economia global, como resultante inelutável da aceleração do escambo de interesses internacionais, é fenômeno comprovado.” CARVALHO, Júlio Marino de. A Renúncia de Imunidades no Direito Internacional. *R. dos Tribunais*, São Paulo, n. 674, dez. 1991. p. 42.

<sup>296</sup> DOLINGER, Jacob. A Imunidade Jurisdicional dos Estados. *R. de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 06..



Internacional, qualificado como Direito Internacional Econômico.<sup>297</sup> A esse respeito, afirma Celso Lafer que há uma ascendente “internacionalização e interdependência da economia mundial”, bem como uma “dificuldade de insulação, válida sobretudo para as economias de mercado (...)”, que “faz com que medidas adotadas por um país, seja no campo da exportação, seja no de investimentos, seja em câmbio, afetam os demais.”<sup>298</sup>

Especialmente no que toca às atividades estatais que muito se assemelham à dos particulares ou mesmo as substitui, em contraposição àquelas que são ínsitas à permanência e manutenção do aparato estatal, surgiu a necessidade de reunir a vasta gama de atividades realizadas pelos Estados em duas principais: atos de império (*acta jure imperii*) e atos de gestão (*acta jure gestionis*).<sup>299</sup>

Os atos de império são aqueles realizados como decorrência da soberania, cuja prerrogativa só é deferida ao Estado, sendo imprescindíveis para a manutenção da estrutura e do aparato estatal. Os atos de gestão, contudo, por poderem ser realizados por qualquer particular, não geram nenhuma proteção especial ao Estado que deles lança mão.<sup>300</sup> Até podem se relacionar com a manutenção ou suporte à aparelhagem estatal, mas não têm, em seu bojo, a destinação estruturante que possuem os atos de império. Giorgio Cansacchi define os setores que em a questão da imunidade de jurisdição realmente se coloca:

L'immunità giurisdizionale dello Stato estero in senso proprio si pone, invece, in quei casi, in cui detto Stato si manifesta come soggetto privato dell'ordinamento del foro. Si hanno casi del genere, ad es., quando uno Stato estero abbia acquistato delle merci de un'impresa privata con sede nello Stato del foro; quando abbia affittato da un privato un edificio per collocarvi la propria legazione o un consolato; quando abbia preso in prestito somme di denaro da banchieri locali; quando abbia assunto per un periodo di tempo del personale di servizio; ecc.<sup>301</sup>

<sup>297</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Contratos entre Estados e Empresas Estrangeiras. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1977, p. 175. Neste sentido, especificamente no campo de estudo da atividade petrolífera, afirma Ilmar Penna Marinho Junior que “o princípio da intervenção direta do Estado Nacional na economia do petróleo, em grau diverso de intensidade e de formulação, é reconhecido como o coração do recém-criado ramo do Direito Internacional Econômico – *the law of permanent sovereign over oil resources*.” MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: Soberania e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970, p. 227.

<sup>298</sup> LAFER, Celso. *Direito Internacional Público Econômico*. In: FRANÇA, Rubens Limongi. (Coord). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 212-213.

<sup>299</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 35.

<sup>300</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 394.

<sup>301</sup> CANSACCHI, Giorgio. *Nozioni di Diritto Processuale Civile Internazionale*. Torino, 1970, p. 70. Fornecemos a tradução livre para o português: A imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro em sentido próprio se encontra, ao contrário, naqueles casos nos quais dito Estado se manifesta como sujeito privado do ordenamento do foro. Existem casos do gênero, por exemplo, quando um Estado estrangeiro tenha adquirido mercadorias de uma empresa privada com sede no Estado do foro; quando tenha alugado de um particular um

Há atividades que são facilmente enquadráveis na primeira categoria.<sup>302</sup> Já a segunda categoria possui uma classificação mais difícil, porque muitas das vezes depender-se-á da ótica de leitura do julgador no caso concreto. Com bastante argúcia, afirma Jacob Dolinger que “(...) a conceituação de atos governamentais *jure gestionis*, ou seja, da atividade estatal de natureza comercial, exige um julgamento de valor que depende da filosofia política que se adote quanto à esfera específica da atividade estatal e das prioridades da política governamental.”<sup>303</sup>

Os atos de império nada mais são do que atos emanados da *potestas publica*, cujo paladino é o Estado soberano, o que afasta o exercício de qualquer outra jurisdição que não a sua própria. Ao agir como pessoa privada, praticando ato de gestão, o Estado se submeteria, como qualquer indivíduo, à jurisdição local estrangeira, se o ato fosse praticado no exterior. Contudo, a problemática está em diferenciar as atividades do Estado por categoria, de modo a enquadrá-las em uma ou outra.<sup>304</sup>

François Laurent, em seu *Le Droit Civil International*, tomo 3º, n. 48, *apud* Pedro Lessa, apresenta elucidação salutar da distinção entre atos de império e atos de gestão, correlacionando os conceitos de atos realizados por um particular ou atos realizados pelo Estado como pessoa civil:

Os actos que pratica o Estado como pessoa civil, não differem na essencia dos que realisam os particulares : uma compra e venda não se altera em sua natureza, porque o Estado é comprador ou vendedor, e as obrigações permanecem identicas, inalteradas, quando o Estado contracta. Ahi temos, pois, relações de direito e de interesse privados ; qualquer ideia de poder, de soberania, é estranha aos actos em que intervem o Estado como pessoa privada. Por conseguinte, quando o Estado age num processo como proprietario, como credor ou devedor, não está em questão a soberania, não é

---

edifício para nele instalar sua própria legação ou um consulado; quando tenha tomado empréstimo pecuniário de bancos locais; quando tenha contratado empregados por um período de tempo; etc.

<sup>302</sup> Jean-Flavien Lalive, *apud* Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, afirma que são estas as atividades enquadráveis dentre as inegavelmente de império: “a) os atos legislativos; b) atos concernentes à atividade diplomática; c) os relativos às forças armadas; d) atos da administração interna dos Estados; e) empréstimos públicos contraídos no estrangeiro.” BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. *Imunidade de Jurisdição: O Estado federal e os estados-membros*. In: TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131. De certa forma, o critério delimitado por Lalive se adequa ao verificado por François Rigaux, em seu *Droit International Privé*, pois afirma serem objetos de exceções à regra geral da jurisdição do Estado no seu território as seguintes matérias: “a) os privilégios e imunidades diplomáticas; as imunidades de execução e jurisdição de Estados Estrangeiros; c) a inviolabilidade dos chefes de Estado Estrangeiros e d) os privilégios e imunidades das organizações internacionais.” RIGAUX, F. *apud* SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 1-2.

<sup>303</sup> DOLINGER, Jacob. A Imunidade Jurisdicional dos Estados. *R. de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 12.

<sup>304</sup> CARVALHO, Júlio Marino de. A Renúncia de Imunidades no Direito Internacional. *R. dos Tribunais*, São Paulo, n. 674, dez. 1991. p. 49.

o Estado como poder que litiga, é o Estado a exercer os direitos de um particular ; é, pois, um particular cujos direitos apreciam os tribunais, e que por estes é condenado a pagar, e não um soberano, nem um órgão da soberania.<sup>305</sup>

Haroldo Valladão afirma que a distinção acabou não sendo adotada no Brasil, ao contrário do que ocorreu em países europeus, como a Itália. Aqui, segundo o autor, preferiu-se buscar soluções pontuais e caso a caso. Apesar de tal assertiva, a distinção é bastante atual e mantém-se importante frente à diversificação cada vez mais complexa das atividades realizadas pelo Estado, relacionando-se com particulares e muitas vezes na mesma posição destes.<sup>306</sup> E mais: a relevância é muito maior nos locais onde não há uma *lex fori* disciplinando a imunidade de jurisdição, e seu excepcionamento. À doutrina e à jurisprudência, conforme se verá mais adiante com o estudo de casos específicos ligados ao Direito do Petróleo e Gás,<sup>307</sup> está reservado um campo fecundo para o definitivo balizamento da distinção, ainda por se alcançar.

Não há maior dúvida de que há consideráveis dificuldades carreadas pela distinção, que, todavia, não inquinam sua utilidade. Jean-Flavien Lalive conclui que ela continua a “preencher uma função útil, permitindo limitar o domínio onde o Estado podia impunemente exercer sua atividade, colocando ênfase no caráter artificial e anacrônico da imunidade jurisdicional dos Estados, nas condições do mundo atual.”<sup>308</sup>

A indigitada distinção gera um importante questionamento de natureza processual. É fato que o juiz terá de apreciar quem são as partes envolvidas e sobre o quê versa o litígio, mas sobre ele não se pronunciará até que se resolva o incidente processual<sup>309</sup> da possibilidade

<sup>305</sup> LAURENT, F. *apud* LESSA, Pedro Augusto Carneiro. *Do Poder Judiciário*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 208. Traduzido e na língua portuguesa do original.

<sup>306</sup> Jacob Dolinger discorda da afirmação de Valladão, posição que, aqui, também sustentamos. Afirma o mestre que “os autores brasileiros (...) tendem a aceitar a distinção. Outrossim, a própria enumeração de Valladão está impregnada da concepção distintiva entre atos de soberania e atos de comércio, estes no sentido mais amplo do termo.” DOLINGER, Jacob. *A Imunidade Jurisdicional dos Estados*. *R. de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 48.

<sup>307</sup> Como bem assinala Marilda Rosado, as repercussões - sobretudo na esfera internacional - dos diversos temas encampados pelo Direito do Petróleo e Gás podem ser abordadas a partir de diferentes prismas, inclusive a partir do conflito de interesses e de leis emanadas de diferentes soberanias. Tanto isto é verdade, exemplifica a autora, que há que se considerar ainda o sistema jurídico dos países islâmicos, grandes produtores de petróleo, e que não se enquadram nem no sistema jurídico romano-germânico nem no anglo-saxão, embora, em termos principiológicos, possa vir a prever solução semelhante à adotada pelo primeiro sistema. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 20-21.

<sup>308</sup> LALIVE, J.F. *apud* SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 35.

<sup>309</sup> De fato, o reconhecimento da imunidade de jurisdição aparenta-se muito mais com (i) uma hipótese de ausência de condição da ação não prevista, no ordenamento brasileiro, como hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito, ou, (ii) uma hipótese de ausência de pressuposto processual de desenvolvimento válido do processo; ou, (iii) um incidente processual, não enquadrável nem como condição, nem como

de conhecimento ou não da demanda em função da imunidade de jurisdição. Superado o incidente, ele adentra no mérito; não superado, o julgamento da demanda não prossegue naquela jurisdição. É interessante notar que, ao contrário do que se afirmou em doutrina,<sup>310</sup> a matéria questionada não é a possibilidade de conhecimento; esta é suscitada e precisa ser ultrapassada para que o magistrado exerça a sua jurisdição.

Há autores que consideram que a diferenciação entre atos de império e atos de gestão é um problema a ser resolvido pelas normas qualificadoras do Direito Internacional Privado, ou seja, normas internas do sistema jurídico de cada Estado. Assim afirma Agostinho Fernandes Dias da Silva:

Assim, na prática, cada ato exercido por determinado Estado apresenta tantas versões ou qualificações quanto os sistemas jurídicos nacionais a cuja luz possa ser apreciado, pois se há uma unidade essencial do direito, inexistente, porém, uma unidade universal do poder de julgar, inerente a cada soberania estatal.<sup>311</sup>

A questão da qualificação é muito importante, na medida em que, dependendo do modelo que se escolher, a lei que regerá a distinção pode ser a *lex fori* (como defende Agostinho Fernandes) ou a lei de outro sistema jurídico – *lex causae*, em razão da *lex personalis* a que está submetido o réu (o Estado ou uma de suas instrumentalidades), ou,

---

pressuposto processual, aplicando-se-lhe analogicamente o regime da exceção de incompetência do Código de Processo Civil. Vide MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 232 e 413. Já na análise dos vários ordenamentos jurídicos nacionais, especialmente nos países que possuem lei interna disciplinando a imunidade de jurisdição, ela pode ser encarada como uma questão prévia *imprópria*, uma vez que, admitida como lei aplicável ao mérito da controvérsia a lei do foro, surgem certas dúvidas de se é a *lex fori*, a *lex personalis* do Estado de onde o ente estatal é oriundo, ou se são os próprios parâmetros do direito internacional quem trará os balizamentos para o seu acolhimento ou não, através do reconhecimento da natureza ou do propósito da dada atividade.

A questão prévia é considerada por nós *imprópria* não só porque o que é reputado por *falsa* questão prévia sugere a aplicação da norma do foro tanto para o mérito da controvérsia quanto para o incidente (assim entende CORREIA, F., *apud* DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 439), como porque o que se há de decidir é qual a norma material que definirá a natureza ou o propósito da atividade e, por conseguinte, a incidência ou não da imunidade de jurisdição no caso concreto (analogia ao raciocínio empreendido por Oscar Tenório, *Ibid.*, p. 443). Para tanto, é importante associar esta análise à da teoria das qualificações, logo em seguida elucidada, pois é na qualificação das atividades como de império ou de gestão, bem como nos limites do emprego do teste da natureza e do propósito, que reside grande parte da solução para a incidência ou não da jurisdição no caso concreto, com o conseqüente deslinde ou não do conflito entre as partes envolvidas naquela jurisdição.

<sup>310</sup> Guido Soares lança esta inquietante colocação, para quem a questão ainda não foi elucidada e permanece em aberto: “Contudo, por mais destra que seja a distinção, ela esbarra com uma contradição lógica insuperável. Para qualificar os atos de um Estado estrangeiro, deve o juiz poder conhecer do litígio, sendo exatamente a possibilidade de tal conhecimento, a matéria questionada SOARES, Guido Fernando Silva. *Das Imunidades de Jurisdição e Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 118.

<sup>311</sup> SILVA, Agostinho Fernandes Dias da. *A imunidade internacional de jurisdição perante o direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, p. 86.

ainda, a *referência a conceitos autônomos e universais*,<sup>312</sup> como o que seriam considerados os atos típicos de Estado, os atos de comércio ou a mercancia nos diversos sistemas jurídicos (uma investigação de Direito Comparado) e de acordo com a realidade econômica e política que subjaz a atuação de certos agentes, como o Estado e seus instrumentos econômicos no exterior.

Giorgio Cansacchi, ao analisar a doutrina e a jurisprudência sob a ótica do Direito italiano,<sup>313</sup> mostra que o problema da qualificação existe e que, ainda que se aceite a natureza do negócio pela ótica do Estado que a realiza (*lex causae* ou *lex personalis*), o Estado do foro pode refutá-la:

(...) preferibile l'opinione che accerta la natura pubblicistica o privatistica del negozio nell'ordinamento dello Stato che lo pone in essere con l'avvertenza che se questo ordinamento previene a considerare pubblicistici negozi che nella piú gran parte degli ordinamenti statuali sono reputati privati, tale eccezionale qualificazione potrà essere legítimamente rifiutata dai giudici dello Stato del foro con le conseguenze relative.<sup>314</sup>

Observa-se, dessa forma, uma preocupação doutrinária com a zona fronteira existente entre as duas categorias – a chamada “zona de penumbra”,<sup>315</sup> e menos com aquelas atividades em que a imunidade é assegurada. A grande tentativa e o desafio jurisprudencial é fazer uma lúcida avaliação para aclarar esta “zona cinzenta”, e se chegar a uma solução ponderada sobre o enquadramento racional e possível para determinada atividade realizada pelo Estado, no bojo de um litígio de esfera internacional.

<sup>312</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 366-369.

<sup>313</sup> Conforme noticia Guido Soares, a jurisprudência italiana foi uma das pioneiras na elaboração da distinção que, na Itália, denominava-se “*atti di imperio*” e “*atti di gestioni*”. Confira-se: “Paralelamente, ainda nos finais do Século XIX, a partir de 1882, os tribunais judiciais da Itália foram os primeiros a lançar uma distinção entre, de um lado, ‘*atti di imperio*’, onde o Estado agia como ‘*ente político*’ e, de outro, ‘*atti di gestioni*’, onde o mesmo se apresentava como um ‘*ente morale*’, no que foram seguidos pelos tribunais da Bélgica e do Egito, que adotaram aqueles conceitos, com nomes de ‘*acta jure imperii*’ (atos praticados no direito de império) e ‘*acta jure gestionis*’ (atos praticados no direito de gestão) estes últimos, também denominados ‘*acta jure negotii*’ (atos no direito negocial). A distinção, conquanto fosse conceitualmente difícil de ser estabelecida, e muito criticada pela doutrina comparada dos países, era engenhosa e pelo menos servia para, nos ‘*acta jure imperii*’, negar-se a possibilidade de o Estado estrangeiro ser réu numa ação cível, e nos outros, dar-se plena possibilidade de conhecimento e execução aos tribunais locais.” SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 184.

<sup>314</sup> CANSACCHI, Giorgio. *Nozioni di Diritto Processuale Civile Internazionale*. Torino, 1970. p. 69. Fornecemos tradução livre para o português: (...) preferível a opinião que aceita a natureza publicista ou privada do negócio do ordenamento do Estado que o realiza, com a advertência de que se este ordenamento considera os negócios públicos, o que, na maior parte dos ordenamentos estatais são considerados privados, tal *qualificação excepcional poderá ser legítimamente refutada pelos juízes do Estado do foro* com as relativas consequências. (grifos nossos)

<sup>315</sup> SCHREUER, Christoph H. *State Immunity: Some Recent Developments*. Cambridge: Grotius Publications Ltd., 1988. p. 24-25 e 41.

Vale expor a posição antagônica à distinção, esposada por Antenor Madrugá, em obra mais atual sobre a possibilidade de renúncia à jurisdição pelo Estado brasileiro, afirmando ser o enquadramento de algumas atividades em atos de gestão para então se aceitar o exercício da jurisdição de um Estado sobre outro uma “máscara com as quais se pretende disfarçar os atores do problema da imunidade soberana”,<sup>316</sup> ou seja, uma incapacidade técnica de doutrinadores e intérpretes de compatibilizar a soberania de um Estado com o exercício da jurisdição por outro. Aduz também que os conceitos de atos de gestão e de atividades comerciais são sinônimos, dado que a expressão “*commercial transactions*” nada mais é do que a versão do *Common Law* para a expressão *acta jure gestionis* cunhada nos países do *Civil Law*. Para ele, o magistrado deve consultar uma “lista com exceções ao princípio da imunidade”, sendo que “esta lista é fornecida pelo direito consuetudinário internacional.”<sup>317</sup> Ressalta, embora não concorde com o emprego,<sup>318</sup> que o critério da natureza do ato é o mais utilizado, sendo que o do propósito teria aplicação subsidiária. Sobre eles falaremos no tópico que se segue.

## 2.4 Critério Da Natureza E Da Finalidade Dos Atos Estatais

Um critério levantado pela doutrina do direito internacional é a análise da natureza dos atos; outro, a de sua finalidade. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, ao utilizarem a conjunção “ou”, aparentam caracterizar que os critérios sejam alternativos, embora possamos dizer que haja elementos suficientes para caracterizar a autonomia dos dois. O texto se salva não por meio da interpretação gramatical – a mais pobre – mas sim pela interpretação sistemático-teleológica em relação ao conjunto do que dizem a respeito do tema, pois trazem, logo adiante, uma prática e excelente elucidação da aplicação autônoma de cada um dos critérios:

A doutrina original da imunidade absoluta de jurisdição – pelo qual um Estado nunca pode se submeter à jurisdição do outro – evoluiu no sentido de uma imunidade apenas relativa, em função da **natureza ou do objetivo do ato estatal submetido a Juízo**. Pela teoria da imunidade relativa admite-se que um Estado possa ser submetido a jurisdições estrangeiras, nas situações em que age como um particular ou quando se submete voluntariamente a jurisdições estrangeiras, renunciando à sua imunidade. (grifos nossos)

---

<sup>316</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 188.

<sup>317</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *Ibidem*. p. 416.

<sup>318</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *Ibidem*. p. 271.

(...)

**Há dois critérios utilizados para caracterizar os atos de império e distingui-los dos atos de gestão: a natureza do ato e a finalidade do mesmo.** De acordo com o primeiro critério, se o ato também é praticado por particulares, sua natureza não é estatal; se se trata de ato caracteristicamente de atuação governamental, ele é ato de império. E, pelo segundo critério, se o ato tem como finalidade um objetivo governamental, mesmo se é ato também usualmente praticado por particulares, será ato de império.<sup>319</sup> (grifos nossos)

Por outro lado, não há posição definida do que seja, seguramente, reputável por atividade comercial, de modo a sepultar as dúvidas do que sejam os atos realizados como sendo de *jure gestionis*, para os quais o Direito Internacional já não reconhece a imunidade de jurisdição.<sup>320</sup>

Contudo, há que se observar que, diante do fluxo econômico e de riquezas entre as nações, a concepção do que sejam atos comerciais é bastante larga, de modo a abarcar as seguintes relações entre “Estados e entidades governamentais ou paraestatais entre si, no exterior, e pessoas jurídicas, quando envolvem movimentação de valores, atinentes a empréstimos e financiamentos.”<sup>321</sup>

Há ainda aqueles que pretenderam dar à distinção papel irrelevante, pelo que não seria acurada o suficiente para dar solução adequada à problemática do enquadramento das atividades estatais.<sup>322</sup>

Dourel, *apud* Celso de Albuquerque Mello, adotou dois critérios para a elaboração de uma nova distinção: o critério da finalidade e o da forma dos atos. O da finalidade perquire o objetivo de se realizar o ato; o da forma definiria se o ato é realizado com o emprego de formas adotadas no direito privado, para os quais não se haveria de garantir a imunidade. Concordamos com o autor quando aduz que o critério “inovador” de Dourel nada mais do que faz além de revigorar a velha distinção entre atos de império e de gestão, e que o critério finalista é o único, dentre os dois propostos, que possui importância como ferramenta de elucidação em eventual surgimento de uma lide internacional em que se cogite de imunidade

<sup>319</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 394. (grifos nossos).

<sup>320</sup> SCHREUER, Christoph H. *State Immunity: some recent developments*. Cambridge: Grotius Publications Ltd., 1988. p. 14. O autor afirma ser “irreal pensar que o mais complexo de todos os problemas no campo da imunidade estatal possa ser reduzido a uma definição.” (tradução livre)

<sup>321</sup> CARVALHO, Júlio Marino de. A Renúncia de Imunidades no Direito Internacional. *R. dos Tribunais*, São Paulo, n. 674, dez. 1991. p. 44.

<sup>322</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271.

de jurisdição.<sup>323</sup> Ainda assim, questiona-se se o método finalista não acaba conduzindo sempre ao encontro de algum motivo público em qualquer atividade realizada pelo Estado estrangeiro, o que simplesmente amplia o espectro da imunidade estatal e obstrui a exceção da atividade comercial.<sup>324</sup>

No que toca o recurso à natureza das atividades realizadas pelo Estado como forma de facilitação de seu mais adequado enquadramento à distinção *atti di imperio* e *atti di gestioni*, embora seja o método mais utilizado na jurisprudência internacional, há também certos gargalos, como, por exemplo, enquanto empréstimos de bilhões de dólares possam ser negociados apenas por Estados, em outras áreas, como a da responsabilidade extracontratual, não há como se fazer uma separação com base em quem pratica o ato, até porque ele é praticável por qualquer um, seja pessoa de direito público ou de direito privado.<sup>325</sup>

Por fim, pode-se mencionar uma nova forma de abordagem, que se concentra em dar pesos diferentes à pessoa que pratica o ato ou à matéria de que o ato cuida. É a ponderação entre os atos *ratione personae* e atos *ratione materiae*. Se o ato é de império, aquela vertente prevalece sobre esta; se de gestão, isto se inverte. E, conforme observa Júlio Marino de Carvalho: “outrossim, em qualquer aferição dum contencioso que afete direitos de Estado, forçosamente tem de ser analisada a questão dúplice da pessoa e da natureza do ato. É aí que se mostra a *concepção mista* de atos questionados.”<sup>326</sup>

Fato é que a temática é muito pouco estudada no Brasil, embora isto comece a mudar.<sup>327</sup> E nada se estudou sobre a submissão das companhias petrolíferas nacionais estrangeiras à jurisdição brasileira, visto que em relação ao tema imunidade de jurisdição como um todo, a jurisprudência brasileira é incipiente e não traz nenhum precedente no campo do petróleo.<sup>328</sup> Afinal, a única companhia estatal que atuou no Brasil, até então, na

<sup>323</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 352-353.

<sup>324</sup> SCHREUER, Christoph H. *State Immunity: some recent developments*. Cambridge: Grotius Publications Ltd., 1988. p. 15-16.

<sup>325</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 118.

<sup>326</sup> CARVALHO, Júlio Marino de. *A Renúncia de Imunidades no Direito Internacional*. R. dos Tribunais, São Paulo, n. 674, dez. 1991. p. 50.

<sup>327</sup> Jacob Dolinger constata isso textualmente em um estudo sobre o tema: “(...) pouco se estudou, e muito se arriscou no tocante à situação do Estado brasileiro, suas autarquias e companhias públicas perante jurisdições estrangeiras.” DOLINGER, Jacob. *A Imunidade Estatal à Jurisdição Estrangeira*. In: DOLINGER, Jacob. (Coord). *A nova constituição e o direito internacional: propostas e sugestões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 203.

<sup>328</sup> O Recurso Especial nº 251.438/RJ, interposto perante o Superior Tribunal de Justiça, embora caracterize um litígio entre a Braspetro e companhias de seguro norte-americanas, não chegou a abordar o tema da imunidade de jurisdição, ao contrário do que ocorreu com a ação movida pelas seguradoras nos Estados Unidos, pela simples razão de que não há que se cogitar de imunidade na jurisdição do próprio território do Estado proprietário de empresa que atua no exterior. Para uma esboçada análise dos temas relativos ao processo internacional



exploração petrolífera foi a PETROBRAS, agente solitário do mercado de *upstream* e *midstream*<sup>329</sup> no período de 1953 a 1999;<sup>330</sup> por outro lado, o *downstream* se manteve aberto à participação de empresas privadas nacionais e estrangeiras, estas com autorização para funcionar no Brasil desde a década de 1910.<sup>331</sup> Não se verificou a entrada de estatais estrangeiras no setor de distribuição de derivados de petróleo no Brasil, daí a inexistência de conflito entre elas e particulares em nossa jurisdição, excluída, então, a hipótese de discussão sobre imunidade nas atividades petrolíferas perante nossos tribunais.

## 2.5 Renúncia À Imunidade De Jurisdição

O tema da renúncia à imunidade jurisdicional pode ser avaliado em dois sentidos: o sentido da renúncia da imunidade que o Estado estrangeiro possui perante a nossa jurisdição e da renúncia da imunidade que o Estado brasileiro e suas instrumentalidades gozam perante outras jurisdições.

Quanto à possibilidade de submissão do Estado estrangeiro à nossa jurisdição, Jacob Dolinger posiciona-se da seguinte maneira: “Nossa interpretação (...) é de que esta competência só se materializa nas hipóteses permitidas pelos princípios do Direito

---

abordados neste julgado, em especial a cláusula de eleição de foro, vide TIBURCIO, Carmen. Comentários ao recurso especial nº 251.438: três temas de processo internacional (cláusula de eleição de foro). In: TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 83-121.

<sup>329</sup> A indústria do petróleo é dividida em três segmentos, interligados e, ao mesmo tempo, independentes entre si: *upstream*, *midstream* e *downstream*. O *upstream* responde pela contratação e realização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural; o *midstream*, pelo transporte de petróleo e gás, bem como o e refino do petróleo em outras frações; e o *downstream*, pela distribuição dos seus derivados para consumo final.

<sup>330</sup> Apesar de a Emenda Constitucional de flexibilização do exercício do monopólio estatal do petróleo no Brasil ser de 1995 e a Lei do Petróleo, de 1997, a Primeira Rodada de Licitações de blocos para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, na qual houve a outorga de concessões a outras empresas realizou-se nos dias 15 e 16 de junho de 1999. A esse respeito, vide ANP. *Primeira Rodada de Licitações*. Disponível em: <[http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round1/HTML/Menu1\\_pt.htm](http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round1/HTML/Menu1_pt.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>331</sup> A lei 2.004/53, vigente até 1997, excluía o setor de distribuição do monopólio estatal do petróleo no seu artigo 6º, conforme PIRES, Paulo Valois. *A evolução do monopólio estatal do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 71. Antes de 1953, as empresas estrangeiras que aqui se instalaram interessaram-se mais pelo setor de distribuição, e passaram a funcionar a partir de autorizações concedidas pelo Poder Executivo. A ESSO (à época *EMPRESA INDUSTRIAL DE PETRÓLEO*, antes denominada *STANDARD OIL COMPANY OF BRASIL*) obteve autorização pelo Decreto 9.335, de 17 de janeiro de 1912, promulgado pelo Presidente Hermes da Fonseca. Já a SHELL foi autorizada a funcionar no Brasil pela promulgação do Decreto 10.168, de 09 de abril de 1913, também do Presidente Hermes da Fonseca, sob o nome *THE ANGLO MEXICAN PETROLEUM PRODUCTS COMPANY*. Uma terceira empresa, a TEXACO [*THE TEXAS COMPANY (SOUTH AMERICAN), LIMITED*], foi autorizada a operar no Brasil por Decreto do Presidente Wenceslau Brás (Decreto 11.702, de 15 de setembro de 1915). Todos os Decretos foram revogados apenas em 1991 (Decreto 99.999, de 11 de janeiro de 1991), sendo forçoso concluir que estas autorizações foram renovadas ao longo do tempo através de outros instrumentos e perduram até hoje.

Internacional Público, quais sejam, a renúncia do Estado estrangeiro à sua imunidade jurisdicional ou a de atos governamentais *jus gestionis*.<sup>332</sup> Tal argumento pode ser lido por via reversa, ou seja: com a prática de atos de gestão no exterior ou mediante renúncia expressa à imunidade, a jurisdição estrangeira sobre a matéria em que o Estado brasileiro ou suas empresas no exterior controvertem será exercida, a não ser que a legislação do país estrangeiro preveja diferentemente ou a nossa legislação autorize a renúncia. Aí está a questão controvertida em doutrina.

A possibilidade de renúncia à imunidade de jurisdição é um tema de grande importância porque, dependendo da forma que se o encare, o exercício de uma atividade de gestão significa renúncia tácita,<sup>333</sup> simplesmente porque ao particular em igual posição não é deferida nenhuma hipótese de imunidade. Quanto aos atos de império, não existe controvérsia sobre a necessidade de renúncia expressa para que haja submissão de um Estado à jurisdição do outro,<sup>334</sup> mas controverte-se sobre se esta renúncia é ou não possível, à luz do direito interno.<sup>335</sup> Jacob Dolinger assim afirma: “a doutrina moderna é tranqüila quanto à submissão do Estado frente a jurisdições estrangeiras em questões decorrentes de *acta jure gestionis* e, em todas as hipóteses, quando o Estado soberanamente renuncia à sua imunidade.”<sup>336</sup>

A calma doutrina, contudo, não é plena, já que, em relação aos atos *jure negotii*, há aqueles que sustentam que a renúncia é automática,<sup>337</sup> e outros que afirmam não haver nem que se cogitar de renúncia. A doutrina estrangeira aponta para a primeira solução, sendo corroborada, no direito brasileiro, por Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, inclusive a partir de um viés processualístico:

A tese que aqui se afirma ser a melhor é a de que, independentemente da natureza do ato discutido, a submissão de um Estado à jurisdição de outro

<sup>332</sup> DOLINGER, Jacob. A Imunidade Estatal à Jurisdição Estrangeira. In: DOLINGER, Jacob. (Coord). *A Nova constituição e o direito internacional: propostas e sugestões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 207. (grifos do original)

<sup>333</sup> BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. Imunidade de jurisdição: o estado federal e os estados-membros. In: TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 138.

<sup>334</sup> CARVALHO, Júlio Marino de. A Renúncia de Imunidades no Direito Internacional. R. dos Tribunais, São Paulo, n. 674, dez. 1991. p. 43.

<sup>335</sup> Esta é a posição defendida por Luiz Carlos Sturzenegger: “no silêncio da única fonte com poderes para permitir ao Estado brasileiro renunciar à imunidade assegurada pelo direito internacional, não podem seus órgãos representativos fazê-lo, quando da prática, no exterior, de atos qualificados de *jus imperii*.” STURZENEGGER, Luiz Carlos. *Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de bancos centrais*. R. de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 173, jul./set. 1988. p. 21-23

<sup>336</sup> DOLINGER, Jacob. A Imunidade Estatal à Jurisdição Estrangeira. In: DOLINGER, Jacob. (Coord). *A Nova constituição e o direito internacional: propostas e sugestões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 208. (grifos do original)

<sup>337</sup> LALIVE, J. F. *apud* SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 136.

em si já é uma forma de relacionamento com um Estado estrangeiro e, mais que isso, uma forma de relacionamento subordinativo, pois envolve necessariamente a renúncia à imunidade e, em consequência, a um aspecto da soberania. Isso porque, na relação triangular que se forma em todo processo judicial (Juiz-autor-réu), as partes subordinam-se à autoridade jurisdicional, de modo que o Estado-Parte estará subordinado ao Estado-Juiz. Por seu turno, o Estado estrangeiro que exerce jurisdição pratica um ato típico de sua soberania. Em suma: submeter-se à autoridade jurisdicional estrangeira é manter relação com Estado estrangeiro e, independentemente da questão de fundo do objeto da disputa, já é por si só um ato de império que acarreta uma opção pela subordinação, pois importa renúncia à imunidade, prerrogativa inerente à soberania.<sup>338</sup>

Porém, resta, para a parte processual da tese acima mencionada, a seguinte dúvida: e se o Estado estrangeiro realiza ato de gestão e não comparece em juízo, demonstrando sua manifesta oposição à submissão à jurisdição estrangeira? O não comparecimento não se convolou em renúncia tácita, ainda que se tenha operado fenômeno semelhante ao que entendemos por revelia. Como caracterizar, no caso de revelia, a submissão forçada à jurisdição, então? Seguramente não terá sido pela via da renúncia tácita, porque qualquer renúncia é abdicativa, manifestando-se somente através de declaração de vontade, ainda que inferida de determinados comportamentos positivos denotadores de abdicação. Portanto, o silêncio como oposição à submissão não pode ser interpretado como renúncia tácita,<sup>339</sup> ainda que tenha havido regular relação processual entre o Estado-juiz e o Estado-réu e caracterizada a revelia. O que poderia caracterizar esta renúncia está nos “determinados comportamentos”, ou seja, a prática de atos *jure gestionis*.

Luiz Carlos Sturzenegger apresenta a segunda orientação, para qual a solução é muito simples: se os atos não são enquadráveis na categoria de *jus imperii*, fazem parte, por conseguinte, do conjunto de atos de gestão para os quais não se haveria de cogitar de

<sup>338</sup> BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. Imunidade de Jurisdição: O Estado federal e os estados-membros. In: TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 144-5.

<sup>339</sup> O professor Antonio Madrugá nos apresenta diversos trechos de acórdãos do Supremo Tribunal Federal confirmando esta linha de raciocínio. Vide ACi 9.684/DF em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imunidade de Jurisdição. Ação contra Estado Estrangeiro. Convenção de Viena. Silêncio do Demandado. Renúncia Tácita (inocorrência). ACi n° 9.684. Apelante: Lizarda dos Santos. Apelada: Embaixada da República do Iraque. Relator: Min. Rafael Mayer, despacho de 01 de fevereiro de 1983. *R. Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 104, p. 990, abr./jun. 1983 e ACi 9.687/DF em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imunidade de Jurisdição. Ação contra Estado Estrangeiro. Convenção de Viena. Silêncio do Demandado. Renúncia Tácita (inocorrência). ACi n° 9.687. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Luthero Vieira. Relator: Min. Djaci Falcão, despacho de 15 de agosto de 1984. *R. Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 111, p. 949, jan./mar. 1985. Conclui que o silêncio, na verdade, é uma forma de se exercer o direito à imunidade. MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 220, 221 e 225.

renúncia.<sup>340</sup> Esta tese parece-nos mais lógica por não misturar as particularidades da renúncia com a dos atos de gestão, e tem apoio em Pontes de Miranda, que, categoricamente, posiciona-se: “onde não há privilégio não há, também, ao que renunciar. Em consequência, a aceitação da jurisdição estrangeira em atos *jus gestionis*, não cobertos por imunidade jurisdicional, não configura renúncia àquela imunidade; significa, simplesmente, que aí o Estado não a tem.”<sup>341</sup>

O grande mestre afirmava, de forma incisiva, que o ordenamento constitucional de 1967/69 não permitia que o Estado brasileiro renunciasse à sua imunidade,<sup>342</sup> nem por meio da edição de uma lei de imunidade de jurisdição que previsse a possibilidade de renúncia, pois seria inconstitucional. E mais: qualquer cláusula contratual em que se impusesse a renúncia diante de litígios teria como mácula a sanção de nulidade, acarretando, ainda, a responsabilização civil das autoridades que a pactuaram.<sup>343</sup> Mais adiante, Pontes, apesar de reconhecer que o assunto mereça maior estudo, radicaliza, ao afirmar:

Se o governo assina contrato com empresa estrangeira, ou mesmo nacional, no qual há cláusula de ser competente, jurisdicionalmente, a Justiça do Estado estrangeiro, aí, a nulidade é de todo o contrato, e não só da cláusula. O negócio jurídico violou o princípio da imunidade jurisdicional e a própria Constituição da República Federal do Brasil.<sup>344</sup>

A princípio, então, a imunidade seria plena, por não ser a renúncia admitida. Haveria de existir outra roupagem teórica, que não a tese da renúncia, de modo a explicar a admissão da submissão de uma instrumentalidade estatal à jurisdição de outro Estado. Ei-la:

Se falta elemento para que a o princípio da imunidade jurisdicional não incida, então sim: o Estado que, no território de outro, procede como se fosse particular, não é como Estado que propõe ação ou responde a alguma citação. Tornou-se *subditus temporarius*. A implantação da agência de negócios no estrangeiro rege-se pelo direito local, e não é o Estado com a sua personalidade que atua. Com isso, o Estado não renunciou à imunidade jurisdicional; aí não a tem. Por isto, havemos de repelir a referência à renúncia, como fizeram alguns juristas desde o fim do século passado [XIX].<sup>345</sup>

<sup>340</sup> STURZENEGGER, Luiz Carlos. *Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados*: proteção a bens de bancos centrais. R. de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 173, jul./set. 1988. p. 23.

<sup>341</sup> STURZENEGGER, Luiz Carlos. *Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados*: proteção a bens de bancos centrais. R. de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 173, jul./set. 1988. p. 21.

<sup>342</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, Tomo II, 1974. p. 179.

<sup>343</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Ibidem*. p. 180.

<sup>344</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Ibidem*. p. 181.

<sup>345</sup> Em passagem anterior, Pontes demonstrou coerência com este ponto de vista: “Se o Estado tem escritório para vendas ou compras no estrangeiro, ou manda alguém no estrangeiro para compras ou para vendas sem que

## 2.6 Imunidade E Os Entes Da Administração Indireta Do Estado

Inicialmente, é de relevo, conforme adverte Guido Soares, verificar o status jurídico da pessoa jurídica que invoca a imunidade de jurisdição para se saber se ela será ou não sua beneficiária:

(...) mesmo nos direitos domésticos de forte tradição romanística, onde o princípio fundamental é considerar os sócios pessoas diferentes da pessoa jurídica e proibir o exame da composição societária e da lei que rege a existência da sociedade (...). No caso das imunidades de jurisdição, o exame da lei que regula o status da pessoa que as invoca, é fundamental e imprescindível, pois nem todas as pessoas de direito internacional gozam de imunidades de jurisdição e privilégios diplomáticos (...).<sup>346</sup>

Martin Wolff, *apud* Amílcar de Castro, menciona a seguinte hipótese, afirmando categoricamente que estes “tentáculos econômicos” criados pelo Estado não devem gozar de imunidade:

acontece freqüentemente que o Estado cria, por exemplo, para fim comercial, uma entidade à parte, juridicamente distinta. Haja vista muitas companhias sob controle estatal, possuindo o Estado todas, ou praticamente todas, as suas ações. Essa entidade não participa da imunidade Estatal, a menos que tenha sido constituída como um departamento do Estado.<sup>347</sup>

Contrariamente ao que defende estes autores, existe quem aponte que as empresas integrantes da administração indireta devam ter o mesmo tratamento que o Estado ao qual estão vinculadas.<sup>348</sup>

A concepção que parece mais moderna e atualizada diferencia o Estado de suas empresas que atuam de forma descentralizada para a consecução de atos mercantis, estando

tivesse o Governo de tal Estado funcionado como Estado, e sim como simples particular, não há incidência do princípio da imunidade jurisdicional.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, Tomo II, 1974. p. 174 e 180.

<sup>346</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 12.

<sup>347</sup> WOLFF, M. *apud* CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 542.

<sup>348</sup> DOLINGER, Jacob. A Imunidade Jurisdicional dos Estados. *R. de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 10.

estas sujeitas não só à jurisdição como ao direito comum nela aplicável a todos os particulares.<sup>349</sup>

A ponderação, neste passo, é a de que os extremos ofuscam as complexidades geradas pelo fato de uma empresa pública (aqui em sentido *lato*) estar organizada sob a forma do direito privado, e isto ocorre de modo a desatrapalhar o próprio exercício da atividade, embora sua propriedade ou controle seja do Estado.<sup>350</sup> Afinal, estariam descobertas pela imunidade, de um lado, e cobertas, por outro. Em alguns casos, como o da PETROBRAS, titular do monopólio de direito sobre a exploração e a produção do petróleo até 1995, não há como se negar que era instrumento de controle da política energética pelo Estado, somado isso a um sentimento nacional de soberania sobre os recursos energéticos. Por isso, então, por mais que realizasse inúmeras atividades intermediárias e finais que lhe gerassem lucros, o objetivo de sua criação e crescimento não houvera sido em primeiro lugar o lucro, mas outros fatores de cunho econômico e histórico inerentes à nação brasileira.<sup>351</sup>

Há críticas doutrinárias também à caracterização da imunidade com fulcro na composição societária de uma companhia (*lex personalis*), porque isto significa a importação e a internacionalização de um conceito afeito aos países do sistema do *Common Law* – *piercing the corporate veil*.<sup>352</sup> A discussão, então, sai da órbita da verificação de titularidade acionária das empresas estatais e cai na regra geral (a distinção entre atos de império e atos negociais).<sup>353</sup>

Jacob Dolinger apresenta trecho de um parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Cid Heráclito de Queiroz, onde se arriscou a chegar mais próximo do tema que aqui abordamos, ainda que o objeto do trabalho tenha sido os empréstimos públicos. Reconhece a inexistência de imunidade para entes da Administração Indireta, embora sem apresentar os fundamentos para a conclusão:

(...) os órgãos da administração indireta, federal estadual e municipal, ‘isto é, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as

<sup>349</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 135.

<sup>350</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Ibidem*. p. 136.

<sup>351</sup> A ideia é sintetizada por Guido Fernando Silva Soares na seguinte passagem: “(...) o que faz presumir que o Estado as criou, não só para agilizar sua ação, mas sobretudo, para controlar a prestação daquele serviço público. Os exemplos são inúmeros: bancos estatais que realizam operações comerciais com bancos privados estrangeiros; **sociedades de economia mista** (ou outras formas organizacionais controladas pelo Estado) concessionárias de atividades, que são monopólio do Estado, a realizarem contratos e negócios de altíssimo vulto com empresas estrangeiras; (...)” (grifos nossos). SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 136.

<sup>352</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Ibidem*. p. 137.

<sup>353</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Idem*. p. 137.

demais entidades controladas ou mantidas pelo Poder Público, por não serem titulares dos mesmos privilégios políticos da União e das entidades federadas, podem aceitar a jurisdição estrangeira para a solução dos litígios que eventualmente derivarem de operações de crédito externo'. E, com toda ênfase, disse ainda S. Exa.: 'Sem dúvida, a denominação 'imunidade' à jurisdição estrangeira protege, essencialmente, os organismos políticos do Estado (União Federal, Estados-membros, Distrito Federal, Territórios e Municípios). Mas essa proteção não abrange as entidades da Administração Pública indireta. (Parágrafo 282 do Parecer).<sup>354</sup>

Fato é que as entidades empresariais da Administração Indireta – as empresas públicas e as sociedades de economia mista – possuem regime jurídico de direito privado e semblante público. Em muitos casos, desempenham serviços públicos com roupagem de atividade econômica; em outros, realizam diretamente sua exploração, mas ela não é pura e simplesmente a expressão final do resultado lucro: guarda necessidades estratégicas e importantes para o desenvolvimento econômico do país. Ainda assim, qualquer privilégio não deixaria de gerar perplexidades: “nos momentos de execuções de medidas judiciais constritivas contra elas ou contra seus bens, estavam sempre aptas a invocar suas imunidades, com argumentos de sua atuação sem qualquer intuito de lucro e de prestação de um serviço público!”<sup>355</sup> Restaria caracterizado o fenômeno muito combatido na esfera processual internacional, que é a denegação de justiça.<sup>356</sup>

Arrematando os temas da renúncia à imunidade e a submissão à jurisdição estrangeira dos entes da Administração Indireta, a doutrina recente, em rara passagem, advoga que a tese da irrenunciabilidade está ultrapassada e que desnecessária seria a autorização legislativa para se submeter a outra jurisdição, pois defendê-las seriam:

(...) reflexos de uma concepção peculiar de antigas doutrinas brasileiras sobre a soberania nacional, que chegaram ao exagero de concluir que qualquer submissão a um tribunal estrangeiro, por parte do Brasil, leia-se, inclusive o Banco do Brasil, **Petrobrás, e outras sociedades de economia mista** ou ainda concessionários de serviços públicos, necessitaria da permissão do Congresso Nacional (...).<sup>357</sup> (grifos nossos)

<sup>354</sup> DOLINGER, Jacob. *A dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 65.

<sup>355</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 183.

<sup>356</sup> Nos dizeres de Guido Soares, isto criava “situações extremamente injustas aos particulares, de uma total denegação de justiça, que qualquer sistema jurídico existente na atualidade, repele de maneira mais cabal.” Resta lembrar que esta denegação não é absoluta, pois resta a via do ingresso no Poder Judiciário do Estado da nacionalidade da empresa demandada, se os autores tiverem condições para tal, o que não parece ser o problema principal do setor de petróleo. SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 183.

<sup>357</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. p. 204. (grifos nossos)

Através do que se vem afirmando hoje como “diplomacia empresarial” e a abertura de campo para o desenvolvimento do Direito Internacional Econômico, a tese inovadora é a de possibilidade de renúncia, independentemente de autorização constitucional, ou até mesmo legal, pois caberia aos órgãos de representação judicial do Estado decidir sobre sua pertinência.<sup>358</sup> Ou, ainda, que não há que se falar em renúncia nos casos em que não há imunidade.<sup>359</sup>

## **2.7 Breve Abordagem Legislativa E De Direito Convencional Sobre Imunidade De Jurisdição E A Distinção Entre Atos Comerciais E Não-Comerciais**

Faremos uma breve abordagem das Convenções Internacionais existentes a respeito da imunidade de jurisdição e da distinção entre atos de império e atos de gestão, embora não ignoremos a existência de leis internas de alguns países, como África do Sul, Argentina, Austrália, Canadá, Cingapura, Estados Unidos, Paquistão e Reino Unido que disponham sobre o tema.<sup>360</sup> Contudo, a lei norte-americana será abordada, incidentalmente, no Capítulo 4, juntamente com o estudo da jurisprudência dos tribunais estadunidenses.

Quanto ao Direito Convencional, noticiamos, além dos projetos e convenções aqui expostos, a existência de um Anteprojeto da Associação de Direito Internacional, elaborado na sua Sexagésima Conferência, realizada em Montreal, 1982, revisado em Buenos Aires na Sexagésima Sexta Conferência, de 1994, bem como um Projeto de Convenção Interamericana

---

<sup>358</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 412.

<sup>359</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 337. O autor não se posiciona sobre a pertinência da tese defendida por Luís Carlos Sturzenegger, mas a apresenta como pressuposto argumentativo.

<sup>360</sup> Uma análise detalhada destas leis fugiria ao escopo do nosso trabalho. Por país, as leis são: África do Sul, FOREIGN STATES IMMUNITIES ACT de 1987; Argentina, LA LEY 24.488 - IMMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS ANTE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS, de 1995; Austrália, FOREIGN STATES IMMUNITIES ACT, de 1985; Canadá, SOVEREIGN IMMUNITY ACT, de 1982; Cingapura, STATE IMMUNITY ACT, de 1979; Paquistão, STATE IMMUNITY ORDINANCE, de 1981; Reino Unido, STATE IMMUNITY ACT, de 1978 and STATE IMMUNITY BILL AND EXPLANATORY MEMORANDUM. Vide DICKINSON, Andrew; LINDSAY, Rae; PLOONAM, James. *State Immunity: Selected Materials and Commentary*. Nova York: Oxford University Press, 2004. Uma parte da obra está Disponível em: <<http://www.oup.co.uk/pdf/0-19-924326-3.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.



sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados, da Organização dos Estados Americanos (OEA).<sup>361</sup>

## 2.7.1 Legislação Brasileira

### 2.7.1.1 Atividades do Poder Público e Atividades Privadas Realizadas pelo Poder Público

No Brasil, não existe uma lei específica sobre a imunidade de jurisdição. Contudo, existem normas como o artigo 173 da Constituição da República que autorizam a participação do Estado em atividades econômicas. A interpretação do dispositivo, *a contrario sensu*, permite-nos afirmar que a maioria das atividades a serem realizadas pelo Estado e reguladas na Constituição é de natureza pública e, por tal motivo, só por ele podem ser empreendidas. Pode-se traçar, então, a partir daí, os balizamentos mínimos do que sejam atividades de natureza pública e do que sejam atividades de natureza privada realizadas pelo Poder Público.

#### **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 1988**

**Art. 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

No plano infraconstitucional, a lei 6.185/74, com a nova redação que lhe foi dada pela lei 6.856/80, ainda que trate de matéria atinente aos servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica, define, para fins de classificação como atividades inerentes ao poder público – em relação às quais não há correspondência no setor privado – as seguintes: segurança pública, diplomacia, tributação, controle interno da Administração e o Ministério Público. Percebe-se que as atividades mencionadas estão dentro do campo de atribuições do Poder Executivo Federal, não incluídas, contudo, as atividades realizadas pelos

---

<sup>361</sup> O Anteprojeto da Associação de Direito Internacional também serviu de minuta para o Projeto de Convenção Interamericana sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Draft Articles for a Convention on State Immunity. *International Legal Materials*, v. 22, p. 287-291, 1983.

Poderes Legislativo e Judiciário, que também são atividades tipicamente de Estado, sem paralelo no setor privado.

#### **LEI Nº 6.185, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1974**

**Art. 2º** Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias, Procurador da Fazenda Nacional, Controle Interno, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e obrigações sejam os definidos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal [Constituição de 1969]. (Redação dada pela Lei nº 6.856, de 1980)

### 2.7.1.2 Competência e Limitação da Jurisdição

Os autores clássicos do Direito brasileiro entendiam que as normas inseridas na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, permitiam a submissão do Estado estrangeiro à nossa jurisdição (desde que concorressem outros requisitos, como a renúncia à imunidade de jurisdição e a atuação como particular, dentre outros) e impediam a submissão da União, Estados, Distrito Federal e Municípios à jurisdição estrangeira, de acordo com as normas de competência dos artigos 119, I, “c” e II, “a” e 125, II. Estas normas encontraram correspondência na Constituição da República de 1988, respectivamente nos artigos 102, I, “e”, 105, II, “c” e 109, I e II, tendo o STF<sup>362</sup>100 suscitado em precedente que, para as causas trabalhistas, o artigo 114 teria afastado a imunidade de jurisdição porque admite a submissão dos entes de direito público externo à nossa jurisdição.

#### **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 1988**

**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

(...)

**Art. 105.** Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

<sup>362</sup> Vide BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Estado estrangeiro. Causa trabalhista. Imunidade judiciária (inocorrência). ACi nº 9.696. Apelante: Genny de Oliveira. Apelada: Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Min. Sydney Sanches, despacho de 31 de maio de 1989. R. Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 133, p. 159, jul. 1990.

II - julgar, em recurso ordinário:

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

(...)

**Art. 109.** Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

(...)

**Art. 114.** Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004)

I- as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004)

(...)

Como já expusemos anteriormente, estas normas que se vêm repetindo nas nossas Constituições Republicanas são de competência interna, ou seja, indica qual a repartição do Poder Judiciário em que a demanda envolvendo nossos entes políticos, entidades autárquicas e empresas públicas e o Estado estrangeiro deverá ser processada, e não possuem a *vis attractiva* de que todas as controvérsias em que o Estado brasileiro (em sentido amplo) se envolva, seja como autor, seja como réu, deverão ser solucionadas em nossa jurisdição.<sup>363</sup> Este entendimento, contudo, desencadeia outra discussão, qual seja, a de se há a necessidade de lei interna autorizadora da submissão do Brasil à jurisdição estrangeira, em razão do princípio da legalidade, a reger a Administração Pública.<sup>364</sup>

<sup>363</sup> Conforme MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75 et seq. e 353-356.

<sup>364</sup> Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, analisando a possibilidade de celebração de convenção arbitral pelos entes da Administração Pública brasileira, concluem que o artigo 55, § 2o da Lei 8.666/93 proibiria não só a referida cláusula mas também a renúncia à imunidade, que só seria admitida em hipóteses excepcionais e para atos de gestão, ainda assim mediante lei autorizadora. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 399-400.

**LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

**Art 55.** (...)

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei. (grifos nossos)

## 2.7.2 Direito Convencional sobre Imunidade de Jurisdição e a Distinção entre Atos Comerciais e Não-Comerciais

### 2.7.2.1 Código Bustamante (1928)

O Código Bustamante é uma Convenção de Direito Internacional Privado celebrada em Havana por diversos países do continente americano<sup>365</sup> e internalizada no Brasil pelo Decreto n° 18.871, de 13.08.1929, e que estabelece, no artigo 335,<sup>366</sup> norma de competência da autoridade judiciária dos países signatários quando haja a prática de atos de particulares ou característicos de pessoas privadas, porém no caso de ações reais ou mistas. A categorização de ações reais ou mistas, contudo, é criticada na doutrina brasileira pela sua imprecisão.<sup>367</sup>

#### CÓDIGO BUSTAMANTE – DECRETO 18.871, DE 13.08.1929

Art. 335. Se o Estado estrangeiro contratante ou o seu chefe tiverem atuado como particulares ou como pessoas privadas, serão competentes os juízes ou tribunais para conhecer dos assuntos em que se exercitem ações reais ou mistas, se essa competência lhes corresponder em relação a indivíduos estrangeiros, de acordo com este Código.

### 2.7.2.2 Resoluções do Instituto de Direito Internacional (1891, 1954 e 1991)

O primeiro Projeto de Resolução Internacional sobre a Competência dos Tribunais nas Demandas contra Estados, Soberanos e Chefes de Estado foi iniciativa do Instituto de Direito Internacional, na sua Sessão de Hamburgo, Alemanha, realizada em 1891. Os seus artigos

<sup>365</sup> Países signatários: Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela. Vide DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado: Edição Universitária*. 2. ed. rev. e atual. com a colaboração de Suzana Medeiros. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 166.

<sup>366</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado: Edição Universitária*. 2. ed. rev. e atual. com a colaboração de Suzana Medeiros. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 203.

<sup>367</sup> As críticas principais se dirigem ao fato de que a redação acabou traindo os precedentes em que se baseou; de que foram usadas expressões amplas de natureza processual; e de que há atos de natureza pessoal que estariam abrangidos nesta competência da autoridade judiciária. Vide VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 151 e DOLINGER, Jacob. A Imunidade Jurisdicional dos Estados. R. de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 53.

mais importantes são o 4º e o 5º,<sup>368</sup> que tratam, respectivamente, das demandas admissíveis contra o Estado Estrangeiro (dentre as quais se incluem atividades comerciais e industriais) e das demandas não admitidas em razão do *jus imperii*.

Em 1954, na Sessão de Aix-en-Provence, o Instituto deliberou novamente sobre o tema imunidade de jurisdição, reiterando os termos da Resolução de Hamburgo, porém procurando trazer respostas a novas questões. Chegou-se a consenso em torno de uma Resolução sobre a Imunidade de Jurisdição e de Execução dos Estados Estrangeiros, da qual merecem destaque os artigos 1º, 3º e 5º<sup>369</sup> que se apresentam de forma dialética, tal qual a distinção entre atos de império e atos de gestão.

Passado um século da Sessão de Hamburgo, um novo encontro foi realizado na Basileia, tendo em conta que em muito já haviam evoluído a doutrina e a jurisprudência dos países desde a propositura da Resolução de Aix-en-Provence, e que era necessário elaborar uma nova resolução que pudesse ser capaz de limitar a imunidade, por um lado, e preservar

---

<sup>368</sup> **PROJET DE REGLEMENT INTERNATIONAL SUR LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX DANS LES PROCES CONTRE LES ETATS, SOUVERAINS OU CHEFS D'ETAT ETRANGERS - 1891**

**Article 4**

Les seules actions recevables contre un Etat étranger sont:

1º Les actions réelles, y compris les actions possessoires, se rapportant à une chose, immeuble ou meuble, qui se trouve sur le territoire;

2º Les actions fondées sur la qualité de l'Etat étranger comme héritier ou légataire d'un ressortissant du territoire, ou comme ayant droit à une succession ouverte sur le territoire;

3º Les actions qui se rapportent à un établissement commercial ou industriel ou à un chemin de fer, exploités par l'Etat étranger sur le territoire;

4º Les actions pour lesquelles l'Etat étranger a expressément reconnu la compétence du tribunal - L'Etat étranger qui lui-même forme une demande devant un tribunal est réputé avoir reconnu la compétence de ce tribunal quant à la condamnation aux frais du procès et quant à une demande reconventionnelle résultant de la même affaire; de même, l'Etat étranger qui, en répondant à une action portée contre lui, n'excipe pas de l'incompétence du tribunal, est réputé l'avoir reconnu comme compétent;

5º Les actions découlant de contrats conclus par l'Etat étranger sur le territoire, si l'exécution complète sur ce même territoire en peut être demandée d'après une clause expresse ou d'après la nature même de l'action;

6º Les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délit, commis sur le territoire.

**Article 5**

Ne sont pas recevables les actions intentées pour des actes de souveraineté, ou découlant d'un contrat du demandeur comme fonctionnaire de l'Etat, ni les actions concernant les dettes de l'Etat étranger contractées par souscription publique.

<sup>369</sup> **L'IMMUNITE DE JURIDICTION ET D'EXECUTION FORCEES DES ETATS ETRANGERS - 1954**

**Article premier**

Les tribunaux d'un Etat ne peuvent connaître des litiges ayant trait à des actes de puissance publique accomplis par un Etat étranger, ou par une personne morale relevant d'un Etat étranger.

(...)

**Article 3**

Les tribunaux d'un Etat peuvent connaître des actions contre un Etat étranger et les personnes morales visées à l'article premier, toutes les fois que le litige a trait à un acte qui n'est pas de puissance publique. La question de savoir si un acte n'est pas de puissance publique relève de la *lex fori*.

(...)

**Article 5**

Il ne peut être procédé ni à l'exécution forcée, ni à une saisie conservatoire, sur les biens qui sont la propriété d'un Etat étranger, s'ils sont affectés à l'exercice de son activité gouvernementale qui ne se rapporte pas à une exploitation économique quelconque.

interesses fundamentais dos Estados, por outro. Aprovou-se, por conseguinte, a Resolução sobre Problemas Atuais Concernentes à Imunidade dos Estados em Relação a Questões de Jurisdição e de Execução.

O artigo 2º é extremamente importante, pois arrola os critérios possíveis para a declaração de competência ou de incompetência do órgão jurisdicional do Estado do foro sobre a matéria de fundo, superando ou reconhecendo a imunidade de jurisdição. Vale a transcrição parcial:

**CONTEMPORARY PROBLEMS CONCERNING THE IMMUNITY OF STATES IN RELATION TO QUESTIONS OF JURISDICTION AND ENFORCEMENT – 1991**

**Article 2**

*Criteria Indicating the Competence of Courts or Other Relevant Organs of the Forum State in Relation to Jurisdictional Immunity*

(...)

56

2. In the absence of agreement to the contrary, the following criteria are indicative of the **competence** of the relevant organs of the forum State to determine the substance of the claim, notwithstanding a claim to jurisdictional immunity by a foreign State which is a party: (grifo nosso)

a) The organs of the forum State are competent in respect of proceedings relating to a commercial transaction to which a foreign State (or its agent) is a party.

b) The organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning legal disputes arising from relationships of a private law character to which a foreign State (or its agent) is a party; the class of relationships referred to includes (but is not confined to) the following legal categories: commercial contracts; contracts for the supply of services; loans and financing arrangements; guarantees or indemnities in respect of financial obligations; ownership, possession and use of property; the protection of industrial and intellectual property; the legal incidents attaching to incorporated bodies, unincorporated bodies and associations, and partnerships; actions *in rem* against ships and cargoes; and bills of exchange.

(...)

d) The organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning legal disputes arising from relationships which are not classified in the forum as having a "private law character" but which nevertheless are based upon elements of good faith and reliance (legal security) within the context of the local law.

(...)

3. In the absence of agreement to the contrary, the following criteria are indicative of the **incompetence** of the organs of the forum State to determine the substance of the claim, in a case where the jurisdictional immunity of a foreign State party is in issue: (grifo nosso)

a) The relation between the subject-matter of the dispute and the validity of the transactions of the defendant State in terms of public international law.

b) The relation between the subject-matter of the dispute and the validity of the internal administrative and legislative acts of the defendant State in terms of public international law.

c) The organs of the forum State should not assume competence in respect of issues the Resolution of which has been allocated to another remedial context.

d) The organs of the forum State should not assume competence to inquire into the content or implementation of the foreign defense and security policies of the defendant State.

e) The organs of the forum State should not assume competence in respect of the validity, meaning and implementation of an intergovernmental agreement or decision creating agencies, institutions or funds subject to the rules of public international law.

O artigo 3<sup>o</sup><sup>370</sup> estende a aplicação dos critérios de competência e incompetência às agências e instrumentalidades do Estado estrangeiro, assim como a subdivisões políticas, sendo que, para aquelas, o fato de possuir personalidade jurídica própria não as impede de beneficiar-se pela imunidade. O artigo 4<sup>o</sup><sup>371</sup> define que modalidades de propriedade estão sujeitas a medidas cautelares e de execução.

---

<sup>370</sup> **CONTEMPORARY PROBLEMS CONCERNING THE IMMUNITY OF STATES IN RELATION TO QUESTIONS OF JURISDICTION AND ENFORCEMENT - 1991**

**Article 3**

**State Agencies and Political Subdivisions**

1. The general criteria of competence and incompetence set forth above are applicable to the activities of the agencies and political subdivisions of foreign States whatever their formal designation or constitutional status in the State concerned.

2. The fact that an agency or political subdivision of a foreign State possesses a separate legal personality as a consequence of incorporation or otherwise under the law of the foreign State does not in itself preclude immunity in respect of its activities.

3. The fact that an entity has the status of a constituent unit of a federal State, or a comparable status of special autonomy, under the law of the foreign State does not preclude immunity in respect of its activities.

<sup>371</sup> **CONTEMPORARY PROBLEMS CONCERNING THE IMMUNITY OF STATES IN RELATION TO QUESTIONS OF JURISDICTION AND ENFORCEMENT - 1991**

**Article 4**

**Measures of Constraint**

1. The property of a foreign State is not subject to any process or order of the courts or other organs of the forum State for the satisfaction or enforcement of a judgment or order, or for the purpose of prejudgment measures in preparation for execution (hereafter referred to as measures of constraint), except as provided for by this Article and by Article 5.

2. The following categories of property of a State in particular are immune from measures of constraint:

a) property used or set aside for use by the State's diplomatic or consular missions, its special missions or its missions to international organizations;

b) property in use or set aside for use by the armed forces of the State for military purposes;

c) property of the central bank or monetary authority of the State in use or set aside for use for the purposes of the central bank or monetary authority;

d) property identified as part of the cultural heritage of the State, or of its archives, and not placed or intended to be placed on sale.

3. Subject to paragraph (2) above, the following property of a State is not immune from measures of constraint:

a) property allocated or earmarked by the State for the satisfaction of the claim in question;

b) where the property referred to in sub-paragraph (a) has been exhausted or is shown to be clearly inadequate to satisfy the claim, other property of the State within the territory of the forum State which is in use or intended for use for commercial purposes.

4. This Article applies to property of or in the possession of State agencies and political subdivisions of a State, whatever their formal designation or constitutional status; but this is without prejudice to the due identification of:

### 2.7.2.3 Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição (1972)

A Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição foi aprovada<sup>372</sup> na Basileia, em 1972, tendo sido, até então, o paradigma convencional a respeito da imunidade de jurisdição, pois se encontra em vigor entre os Estados contratantes.

Os seus artigos mais importantes excepcionam a invocação da imunidade de jurisdição entre os Estados contratantes. O artigo 2º<sup>373</sup> dispõe que a imunidade não pode ser suscitada quando um Estado tenha se comprometido com outro através de: (i) acordos internacionais; (ii) termo expreso no bojo de um contrato escrito; e (iii) consentimento expreso após o surgimento de uma disputa entre as partes.

O artigo 7º<sup>374</sup> trata de uma matéria assaz importante, que é a atuação do Estado por meio de instrumentalidades, como escritórios e agências, para a consecução de atividades de natureza privada, quais sejam, industriais, comerciais e financeiras, não se aplicando a restrição à imunidade se a disputa for entre Estados ou se houver sido diversamente estipulado em convenção escrita. Como contraponto, estabelece no artigo 27<sup>375</sup> que a entidade que tiver

a) the legal entity liable in respect of the claim, and

b) the property which belongs to that entity and which may accordingly be liable in accordance with paragraph (3) to measures of prejudgment attachment and seizure in execution to satisfy its liabilities.

5. The courts and other organs of the forum State shall give appropriate effect to the principle of proportionality as between the remedy sought and the consequences of enforcement measures.

<sup>372</sup> A Convenção foi ratificada pelos seguintes Estados europeus: **Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Baixos, Reino Unido e Suíça.** DOLINGER; TIBURCIO. Op. cit., nota 103, p. 540.

<sup>373</sup> **EUROPEAN CONVENTION ON STATE IMMUNITY - 1972**

**Article 2** A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if it has undertaken to submit to the jurisdiction of that court either:

a) by international agreement;

b) by an express term contained in a contract in writing; or

c) by an express consent given after a dispute between the parties has arisen.

<sup>374</sup> **EUROPEAN CONVENTION ON STATE IMMUNITY - 1972**

**Article 7**

1. A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if it has on the territory of the State of the forum an office, agency or other establishment through which it engages, in the same manner as a private person, in an industrial, commercial or financial activity, and the proceedings relate to that activity of the office, agency or establishment.

2. Paragraph 1 shall not apply if all the parties to the dispute are States, or if the parties have otherwise agreed in writing.

<sup>375</sup> **EUROPEAN CONVENTION ON STATE IMMUNITY - 1972**

**Article 27**

1. For the purposes of the present Convention, the expression “Contracting State” shall not include any legal entity of a Contracting State which is distinct therefrom and is capable of suing or being sued, even if that entity has been entrusted with public functions.



personalidade jurídica própria não será considerada como Estado contratante, ainda que imbuída de funções públicas, sendo, portanto, percebida do mesmo modo que qualquer particular, à exceção de que nenhum procedimento deverá ser levado adiante se houver o exercício de atividades soberanas (inclusive há a menção à locução *acta jure imperii*).

No artigo 26,<sup>376</sup> há novamente a menção à realização de atividades industriais ou comerciais por um dos Estados-Partes da Convenção, como um particular, no território de outro Estado, no sentido de permitir que as medidas preventivas ou de execução recaiam sobre o patrimônio do Estado contra o qual a decisão foi proferida, utilizado exclusivamente em conexão com aquelas atividades, muito embora a regra geral do artigo 23<sup>377</sup> imponha a necessidade de consentimento do Estado estrangeiro para sua implementação.

#### 2.7.2.4 Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicional dos Estados e de Seus Bens (2004)

A Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e de seus bens Projeto originou-se das discussões empreendidas na 29ª Sessão da Assembleia Geral, em 1977, que, através da Resolução 32/151, atribuiu a esta Comissão a elaboração de um Projeto de Convenção Universal sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e de Seus Bens. O objetivo era não só ampliar o alcance dos dispositivos já existentes em tratados celebrados entre dois ou mais países, como também das normas internas já promulgadas e, no que

---

2. Proceedings may be instituted against any entity referred to in paragraph 1 before the courts of another Contracting State in the same manner as against a private person; however, the courts may not entertain proceedings in respect of acts performed by the entity in the exercise of sovereign authority (*acta jure imperii*).

3. Proceedings may in any event be instituted against any such entity before those courts if, in corresponding circumstances, the courts would have had jurisdiction if the proceedings had been instituted against a Contracting State.

#### <sup>376</sup> EUROPEAN CONVENTION ON STATE IMMUNITY - 1972

**Article 26** Notwithstanding the provisions of Article 23, a judgment rendered against a Contracting State in proceedings relating to an industrial or commercial activity, in which the State is engaged in the same manner as a private person, may be enforced in the State of the forum against property of the State against which judgment has been given, used exclusively in connection with such an activity, if:

- a) both the State of the forum and the State against which the judgment has been given have made declarations under Article 24;
- b) the proceedings which resulted in the judgment fell within Articles 1 to 13 or were instituted in accordance with paragraphs 1 and 2 of Article 24; and
- c) the judgment satisfies the requirements laid down in paragraph 1.b of Article 20.

#### <sup>377</sup> EUROPEAN CONVENTION ON STATE IMMUNITY - 1972

**Article 23** No measures of execution or preventive measures against the property of a Contracting State may be taken in the territory of another Contracting State except where and to the extent that the State has expressly consented thereto in writing in any particular case.

necessário, criar outras normas de caráter internacional, tudo em uma espécie de Lei-Modelo.<sup>378</sup>

Através da Resolução 55/150, de 12 de dezembro de 2000, a Assembleia da ONU resolveu estabelecer um Comitê *ad hoc* sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e de seus bens, tendo este realizado três sessões, a última em 5 de março de 2004, na qual recomendou a adoção do anteprojeto elaborado pela Comissão de Direito Internacional em 1991, com alterações.<sup>379</sup> O texto foi aprovado pela Assembleia Geral em 2 de dezembro de 2004, tendo ficado aberto para a assinatura dos Estados até 17 de janeiro de 2007, porém não entrou em vigor.<sup>380</sup>

Os artigos que especificamente nos interessam são o 2º,<sup>381</sup> ao tratar da definição do que vem a constituir “Estado” para os fins do projeto (item 1, alínea “b”), bem como a definição do que sejam atividades comerciais (item 1, alínea “c”) e a previsão expressa dos

<sup>378</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 197.

<sup>379</sup> UNITED NATIONS. *Ad Hoc Committee on jurisdictional immunities of States and their property: Introduction*. Nova York, 2004. Disponível em: <<http://www.un.org/law/jurisdictionalimmunities/>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

<sup>380</sup> A Convenção não entrou em vigor porque seu artigo 30 prevê que a vigência dar-se-á a partir do trigésimo dia da data do depósito do trigésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão junto do Secretário-Geral das Nações Unidas. Apenas 28 Estados assinaram a Convenção e 11 ratificaram-na ou a ela aderiram. Estados ratificantes: Arábia Saudita, Áustria, Japão, Líbano, Cazaquistão, Noruega, Portugal, República Islâmica do Irã, Romênia, Suécia e Suíça. Sobre o status da Convenção, vide <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en)>. Acesso em 8 dez. 2010.

<sup>381</sup> **CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE IMUNIDADE JURISDICIONAL DOS ESTADOS E DE SEUS BENS (2004)**

#### **Article 2**

##### **Use of terms**

1. For the purposes of the present Convention:

(a) “court” means any organ of a State, however named, entitled to exercise judicial functions;

(b) “State” means:

(i) the State and its various organs of government;

(ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;

(iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State;

(iv) representatives of the State acting in that capacity;

(c) “commercial transaction” means:

(i) any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services;

(ii) any contract for a loan or other transaction of a financial nature, including any obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan or transaction;

(iii) any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professional nature, but not including a contract of employment of persons.

2. In determining whether a contract or transaction is a “commercial transaction” under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction.

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 regarding the use of terms in the present Convention are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in other international instruments or in the internal law of any State.

critérios da natureza e da finalidade dos atos para a sua distinção (item 2). O artigo 7<sup>o</sup><sup>382</sup> traz uma disposição muito semelhante à do artigo 2º da Convenção Europeia de 1972 para afastar a imunidade de jurisdição no caso de consentimento pelo Estado demandado.

O artigo 10 é de extrema importância no que concerne às transações comerciais realizadas pelos Estados, porque prevê a impossibilidade de invocação de imunidade. Contudo, estabelece que, se as entidades estatais possuírem personalidade jurídica própria e tiverem capacidade para demandar e serem demandadas, bem como adquirir e dispor de sua propriedade, isto não tem o condão de afetar a Imunidade do Estado de origem. Consideramos, porém, que tal dispositivo, da forma que está redigido nas diversas línguas, deixa margem para ambigüidade, porque não fica claro se a Imunidade estatal está preservada no procedimento específico em que a empresa está sendo demandada – e, portanto, os bens dela, porque bens do Estado, não serão alcançados –, ou se somente os bens do Estado não afetados à atividade por ela realizada estariam a salvo. O artigo merece transcrição especial:

### **Part III**

#### **Proceedings in which State immunity cannot be invoked**

##### **Article 10**

##### **Commercial transactions**

1. If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction.
2. Paragraph 1 does not apply:
  - (a) in the case of a commercial transaction between States; or
  - (b) if the parties to the commercial transaction have expressly agreed otherwise.
3. Where a State enterprise or other entity established by a State which has an independent legal personality and is capable of:
  - (a) suing or being sued; and
  - (b) acquiring, owning or possessing and disposing of property, *including property which that State has authorized it to operate or manage, is involved in a proceeding which relates to a commercial transaction in which that*

---

<sup>382</sup> **CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE IMUNIDADE JURISDICIONAL DOS ESTADOS E DE SEUS BENS (2004)**

##### **Article 7**

##### **Express consent to exercise of jurisdiction**

1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State with regard to a matter or case if it has expressly consented to the exercise of jurisdiction by the court with regard to the matter or case:
  - (a) by international agreement;
  - (b) in a written contract; or
  - (c) by a declaration before the court or by a written communication in a specific proceeding.
2. Agreement by a State for the application of the law of another State shall not be interpreted as consent to the exercise of jurisdiction by the courts of that other State.

entity is engaged, the immunity from jurisdiction enjoyed by that State shall not be affected. (grifos nossos)

Por fim, o artigo 21<sup>383</sup> estabelece quais são as categorias de bens que não devem ser considerados como propriedade para fins outros que não a sua utilização em atividade de caráter não comercial, ou seja, empregados no exercício do *jus imperii* do Estado estrangeiro. Uma interpretação sistemática deste dispositivo pode permitir que entendamos que a intenção do disposto no artigo 10, é a de limitar o alcance da jurisdição à propriedade especificamente utilizada pelo agente econômico estatal no exercício da atividade comercial, não alcançando as hipóteses gerais em que a imunidade é deferida ao Estado, nos termos do artigo 5º.<sup>384</sup>

---

<sup>383</sup> **CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE IMUNIDADE JURISDICIONAL DOS ESTADOS E DE SEUS BENS (2004)**

**Article 21**

**Specific categories of property**

1. The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c):

- (a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences;
- (b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions;
- (c) property of the central bank or other monetary authority of the State;
- (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale;
- (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.

2. Paragraph 1 is without prejudice to article 18 and article 19, subparagraphs (a) and (b).

<sup>384</sup> **CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE IMUNIDADE JURISDICIONAL DOS ESTADOS E DE SEUS BENS (2004)**

**Part II**

**General principles**

**Article 5**

**State immunity**

A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.

### 3 ESTUDO DE CASO: A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA SOBRE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO NO CAMPO DO PETRÓLEO

#### 3.1 Análise Introdutória

Sabe-se que a jurisprudência tem um papel preponderante na elaboração de soluções para a ausência de previsão legislativa que, em existindo, poderia trazer uma maior uniformidade para a distinção entre atos de império e de gestão. Jacob Dolinger verifica que na Europa a interpretação dos tribunais, inclusive, adiantou-se à doutrina na busca da elucidação para a questão, “(...) neste difícil e delicado setor em que se entrelaçam o direito internacional público e o direito internacional privado, este principalmente através do direito processual internacional”.<sup>385</sup>

J. F. Lalive, *apud* Guido Soares, aponta os avanços alcançados pela jurisprudência no sentido de uma transição da teoria da imunidade absoluta para a relativa, a partir das seguintes formulações:

- a) interpretação extensiva da idéia de renúncia;
- b) noção de que uma entidade juridicamente distinta do Estado é sujeita ao direito comum, ainda que o Estado seja seu proprietário, gerente ou administrador;
- c) distinção entre *acta jure imperii* de um lado e de um lado, e do outro *acta jure gestionis* (também denominados *acta jure negotii*), distinção essa que pode tomar outras formas de oposição dualista: atos praticados enquanto poder público ou atos de natureza privada.<sup>386</sup>

Já no século XX, os países da OPEP, em sua 16<sup>a</sup> Conferência, realizada em junho de 1968, aprovaram por unanimidade uma decisão, tomada pelos nove países que a integravam, para definir que todos os conflitos entre os governos e as empresas petrolíferas à época deveriam ser solucionados junto aos respectivos Poderes Judiciários das nações ou em Tribunais Regionais especializados.<sup>387</sup>

<sup>385</sup> DOLINGER, Jacob. *A Imunidade Jurisdicional dos Estados*. R. de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 14.

<sup>386</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 116-7.

<sup>387</sup> DOLINGER, Jacob. *A Imunidade Jurisdicional dos Estados*. R. de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 34.

Haroldo Valladão reclamava da inexistência, à época, de uma Convenção Universal a respeito do tema imunidade de jurisdição que fosse capaz de superar não só a ausência de uma regra costumeira, como também a limitada abrangência de Convenções regionalizadas, como o Código de Bustamante, o que abre caminho para a regulação da matéria pelo Direito Internacional, pela doutrina e jurisprudência.<sup>388</sup>

Nos Estados Unidos, a aplicação da teoria da Imunidade de Jurisdição tem como estatuto o *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* de 1976, título 28 do US Code, Parte IV – Jurisdição e Foro, capítulos 85 (seção 1330)<sup>389</sup> e 97 (seções 1602 a 1611).<sup>390</sup> A legislação veio após a definição, pelo *Case Law* norte-americano, de *leading cases* que limitavam a aplicação da teoria da Imunidade de Jurisdição, afastando-a nos casos em que os Estados realizavam atividades de caráter comercial.<sup>391</sup>

Interessante notar que o surgimento de leis internas sobre imunidade de jurisdição, nos países cujos ordenamentos jurídicos derivam do direito anglo-saxão, era mais improvável que nos países do chamado *Civil Law*, onde o direito positivado é fonte primordial. Porém, exatamente naqueles países, peças-chave da economia e da circulação de riquezas mundial, instalam-se diversos escritórios de empresas nacionais estrangeiras, não só para fins de representação comercial, como também para a condução de negócios como *players* do mercado.

Esta atuação conduziu, invariavelmente, a litígios que acabaram sendo submetidos às barras do Poder Judiciário local. A jurisprudência, já tão provocada e ao mesmo tempo tão

<sup>388</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 162-163.

<sup>389</sup> **SECTION 1330. ACTIONS AGAINST FOREIGN STATES – US CODE**

(a) The district courts shall have original jurisdiction without regard to amount in controversy of any nonjury civil action against a foreign state as defined in section 1603 (a) of this title as to any claim for relief in personam with respect to which the foreign state is not entitled to immunity either under sections 1605–1607 of this title or under any applicable international agreement.

(b) Personal jurisdiction over a foreign state shall exist as to every claim for relief over which the district courts have jurisdiction under subsection (a) where service has been made under section 1608 of this title.

(c) For purposes of subsection (b), an appearance by a foreign state does not confer personal jurisdiction with respect to any claim for relief not arising out of any transaction or occurrence enumerated in sections 1605–1607 of this title.

<sup>390</sup> **SECTIONS 1602 A 1611 – US CODE**

§ 1602. Findings and declaration of purpose

§ 1603. Definitions

§ 1604. Immunity of a foreign state from jurisdiction

§ 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state

§ 1606. Extent of liability

§ 1607. Counterclaims

§ 1608. Service; time to answer; default

§ 1609. Immunity from attachment and execution of property of a foreign state

§ 1610. Exceptions to the immunity from attachment or execution

§ 1611. Certain types of property immune from execution

<sup>391</sup> Conforme BOSSELMAN, Fred; ROSSI, Jim; WEAVER, Jacqueline. *Energy, economics and the environment*. New York: Foundation Press, 2000. p. 1154.

cambaleante, necessitou do auxílio de leis internas para conseguir julgados mais uniformes, o que ainda não foi alcançado (conforme se verá nos *cases* apresentados em seguida). As leis também encorajaram uma transição mais segura da imunidade absoluta para a relativa.

A lei norte-americana, por exemplo, tem como centro de gravidade a noção de transações comerciais. Todavia, a órbita gravitacional não foi definida – ou seja, estabelecer-se quais sejam os atos que se enquadram como atividade comercial.<sup>392</sup> Por isso, há ainda campo enorme para a atuação da jurisprudência dos tribunais estadunidenses, que podem lançar mão de critérios como a natureza e finalidade da transação, dentre outros (vide Capítulo 3, seção 3.4, *supra*).

Como afirma Jacqueline Lang Weaver, as exceções à Imunidade de Jurisdição de Estados estrangeiros se enquadram, de acordo com a interpretação do FSIA pelas Cortes Distritais norte-americanas, dentre as seguintes hipóteses:

- 1- Renúncia à imunidade pelo Estado estrangeiro – Seção 1605 (a)(1);
- 2- Ação com base em atividade comercial realizada nos EUA por Estado estrangeiro, ou mesmo fora dos EUA, “em conexão com uma atividade comercial do Estado estrangeiro em qualquer outro lugar” – Seção 1605 (a)(2);
- 3- Demandas em que direitos de propriedade foram obtidos em violação ao direito internacional, e que a propriedade está presente nos EUA em conexão com a realização de uma atividade comercial realizada por um Estado estrangeiro nos EUA; ou que uma agência ou instrumento do Estado estrangeiro “são donos ou utilizam determinada propriedade” que está destinada a uma atividade comercial nos EUA – Seção 1605 (a)(3);
- 4- Uma demanda de reparação financeira contra um Estado estrangeiro por dano pessoal ou morte, ou por danos à propriedade ocorridos nos EUA e causados por ato danoso do Estado estrangeiro ou por seus agentes e empregados, com a condição de que tal ato não seja o exercício de uma função discricionária do Estado Estrangeiro – Seção 1605 (a)(4).<sup>393</sup>

Interessante notar que as imperfeições da lei norte-americana têm conduzido a uma releitura, pelos tribunais, das discussões em torno do texto do projeto de lei que redundou no FSIA, com vistas a tentar esclarecer a *mens legislatoris* em relação ao alcance de certos preceitos,<sup>394</sup> através de uma interpretação histórica que, a menos no *Civil Law*, tem sido preterida em função de outros métodos de interpretação e cuja valia só é maior do que a da interpretação literal e gramatical.

<sup>392</sup> STURZENEGGER, Luiz Carlos. *Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de bancos centrais*. R. de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 173, jul./set. 1977. p. 25.

<sup>393</sup> BOSSELMAN, Fred; ROSSI, Jim; WEAVER, Jacqueline. *Energy, economics and the environment*. New York: Foundation Press, 2000. p. 1154-5.

<sup>394</sup> STURZENEGGER, Luiz Carlos. *Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de bancos centrais*. R. de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 173, jul./set. 1977. p. 25.

E, para efeito elucidativo dos casos que serão estudados a seguir, trazemos a definição dada às palavras *agency* ou *instrumentality* pelo FSIA, na seção 1603 (b):

**§ 1603. Definitions**

For purposes of this chapter:

(...)

(b) An “**agency or instrumentality of a foreign state**” means any entity: (grifos nossos)

(1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and

(2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares

or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and

(3) which is neither a citizen of a State of the United States as defined in section 1332 (c) and (d)<sup>395</sup> of this title, nor created under the laws of any third country.

## 3.2 A Doutrina Do Ato De Estado *Versus* O Princípio Da Imunidade De Jurisdição

A Doutrina do Ato de Estado é uma construção da Suprema Corte norte-americana a partir do caso *Underhill v. Hernandez*.<sup>396</sup> O preceito foi o seguinte: os tribunais de um país não formularão julgamento indevido sobre atos de governo de outro (país) realizados nos limites de seu próprio território.<sup>397</sup>

---

<sup>395</sup> SECTION 1332. DIVERSITY OF CITIZENSHIP; AMOUNT IN CONTROVERSY; COSTS – US CODE

(...)

(c) For the purposes of this section and section 1441 of this title:

(1) a corporation shall be deemed to be a citizen of any State by which it has been incorporated and of the State where it has its principal place of business, except that in any direct action against the insurer of a policy or contract of liability insurance, whether incorporated or unincorporated, to which action the insured is not joined as a party-defendant, such insurer shall be deemed a citizen of the State of which the insured is a citizen, as well as of any State by which the insurer has been incorporated and of the State where it has its principal place of business; and

(2) the legal representative of the estate of a decedent shall be deemed to be a citizen only of the same State as the decedent, and the legal representative of an infant or incompetent shall be deemed to be a citizen only of the same State as the infant or incompetent.

(d) The word “States”, as used in this section, includes the Territories, the District of Columbia, and the Commonwealth of Puerto Rico.

<sup>396</sup> US Supreme Court, citado como 168 U.S. 250, 252, 1897.

<sup>397</sup> BOSSELMAN, Fred; ROSSI, Jim; WEAVER, Jacqueline. *Energy, economics and the environment*. New York: Foundation Press, 2000. p. 1156 e DOLINGER, Jacob. *A Dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 99.



Tal teoria também possui como base de apoio direta a noção de que a soberania de cada país deveria ser resguardada, independentemente da natureza dos litígios que se punham diante dos tribunais americanos.<sup>398</sup>

Além disso, o Restatement of the Law Second, Conflict of Laws estabelece, em sua seção 187, item 2, alínea “b”<sup>399</sup> que a escolha da lei de outro Estado pelas partes pode ser desconsiderada pelo magistrado quando contrariar uma “*fundamental policy*” do Estado com o qual a causa possua maior conexão concreta na matéria *sub judice*. O comentário do American Law Institute à seção 187 é mais brando do que a “*strong public policy*” prevista na seção 90. Vejamos a terceira parte do item “g”:

**RESTATEMENT OF THE LAW SECOND, CONFLICT OF LAWS – AMERICAN LAW INSTITUTE (1971)**

**Section 187. LAW OF THE STATE CHOSEN BY THE PARTIES**

g. (...)

To be "fundamental," a policy must in any event be a substantial one. Except perhaps in the case of contracts relating to wills, a policy of this sort will rarely be found in a requirement, such as the statute of frauds, that relates to formalities (see Illustration 6). Nor is such policy likely to be represented by a rule tending to become obsolete, such as a rule concerned with the capacity of married women (see Illustration 7), or by general rules of contract law, such as those concerned with the need for consideration (see Illustration 8). On the other hand, a fundamental policy may be embodied in a statute which makes one or more kinds of contracts illegal or which is designed to protect a person against the oppressive use of superior bargaining power. Statutes involving the rights of an individual insured as against an insurance company are an example of this sort (see ss 192-193). To be "fundamental" within the meaning of the present rule, a policy need not be as strong as would be required to justify the forum in refusing to entertain suit upon a foreign cause of action under the rule of § 90. (grifos nossos)

**ACTION CONTRARY TO PUBLIC POLICY**

<sup>398</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 357.

<sup>399</sup> **US RESTATEMENT OF THE LAW SECOND, CONFLICT OF LAWS – AMERICAN LAW INSTITUTE (1971)**

**Chapter 8. Contracts**

**Topic 1. Validity of Contracts and Rights Created Thereby**

**Title A. General Principles**

**187. LAW OF THE STATE CHOSEN BY THE PARTIES**

(...)

(2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either: (grifos nossos)

(...)

(b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties. (grifos nossos)

§ 90. No action will be entertained on a foreign cause of action the enforcement of which is contrary to the strong public policy of the forum. (grifos nossos)

Seria a Doutrina do Ato de Estado uma política pública “forte” ou imperiosa dos Estados Unidos a ponto de impedir o seguimento de ações ajuizadas em seu território contra Estados estrangeiros? Celso de Albuquerque Mello considera-a Doutrina do Ato de Estado como de Direito Internacional Público e a reputa por decorrência fatal do reconhecimento da imunidade do estado estrangeiro por ato de império.<sup>400</sup> Contudo, não há que se confundir a Act of State Doctrine com o princípio da imunidade de jurisdição, por conta de que essa só se aplica quando haja, necessariamente, no pólo passivo da demanda, o Estado estrangeiro ou a sua instrumentalidade, ao passo que a aquela se aplica indistintamente, desde que, de forma incidente, alegue-se que determinada conduta realizou-se ou foi consequência direta de um ato de Estado,<sup>401</sup> que se assemelha à nossa figura de direito administrativo “fato do príncipe”.

A controvérsia surgiu no âmbito de uma disputa envolvendo a Associação Internacional de Trabalhadores da Indústria Aeroespacial e de Maquinistas contra a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) pelo fato de esta ter, por meio de um cartel, aumentado os preços do petróleo, violando, desta forma, as leis antitruste norte-americanas.

### 3.3 Casos Concretos Do *Case Law* Norte-Americano

#### 3.3.1 Caso International Association of Machinists and Aerospace Workers [IAM] v. Organization of Petroleum Exporting Countries [OPEC] (1981)<sup>402</sup>

---

<sup>400</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 357-358. Fato curioso é que a Doutrina do Ato de Estado possuía uma versão complementar na América Latina, que era a Doutrina Calvo. Enquanto aquela impede a interferência norte-americana nos assuntos de países estrangeiros, esta não só não permitia a interferência dos Estados estrangeiros nos assuntos internos latino-americanos como também impedia um tratamento diferencial às empresas estrangeiras que aqui se instalassem frente às empresas comandadas por capitais privados nacionais. Vide RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 26.

<sup>401</sup> DOLINGER, Jacob. *A Dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 99.

<sup>402</sup> 139 United States Court of Appeals for the 9th Circuit. Citado como: 649 F.2d 1354, cert. Denied, 454 U.S. 1163 (1982).

### 3.3.1.1 Resumo dos Fatos

No vertente caso, trava-se o debate entre o direito de a OPEP fixar os preços do petróleo no mercado internacional, através da prática, pelos países produtores, de uma política comum de fornecimento de petróleo, com o objetivo de evitar o excesso de oferta mundial – que sempre acarretava queda nos preços – e a proteção do mercado norte-americano, bem como o direito de os cidadãos dos EUA adquirirem os derivados de petróleo a preços considerados “justos”.

A análise do voto condutor considerou que o critério definido pelo FSIA baseia-se mais na perquirição da natureza da atividade do que em seu propósito, segundo a seção 1603 (d)<sup>403</sup> do Estatuto legal. Uma das formas de se considerar a natureza da atividade é conhecer a atividade em si de forma exata. A Associação de Trabalhadores tinha uma visão muito particular da atividade realizada pela OPEP que, em sua opinião, era meramente a de “fixar preços”, e isso seria uma atividade realizada com o objetivo de auferir lucros e, em assim sendo, a imunidade de jurisdição não se aplicaria. Porém, o tribunal inferior entendeu que a atividade realizada pela Organização tinha outro viés, pois “a atividade realizada por cada um dos países membros da OPEP é o estabelecimento, por um Estado soberano, dos termos e condições para a extração de um recurso natural primordial, isto é, óleo cru de seu território.”<sup>404</sup> Logo, a exploração das reservas naturais era uma das atividades governamentais essenciais, com base em diversas Resoluções da Assembleia Geral da ONU e da Constituição norte-americana (artigo 4º, § 3º, cláusula 2).<sup>405</sup>

---

<sup>403</sup> **SECTION 1603. DEFINITIONS - US CODE**

(...)

(d) A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the *nature of the course of conduct* or particular transaction or act, *rather than by reference to its purpose*. (grifos nossos)

<sup>404</sup> BOSSELMAN, Fred; ROSSI, Jim; WEAVER, Jacqueline. **Energy, economics and the environment**. New York: Foundation Press, 2000. p. 1158.

<sup>405</sup> **THE UNITED STATES CONSTITUTION**

**Article IV.**

(...)

**Section 3.**

(...)

**Clause 2.** The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State.

### 3.3.1.2 A Imunidade de Jurisdição e a Doutrina do Ato de Estado

Deste modo, o juiz local entendeu que o que estava em jogo não teria a ver exatamente com a insubmissão, no caso concreto, da OPEP à jurisdição norte-americana, mas sim com a própria questão de fixação de preços em si e a importância que esta fixação traduzia para a economia dos países exportadores. Daí a não incidência da teoria da Imunidade de Jurisdição, e sim a da Doutrina do Ato de Estado (Act of State Doctrine).

A doutrina do Ato de Estado tem por pilares alguns elementos fundamentais, quais sejam:

- (i) nenhum tribunal norte-americanos pode julgar a legalidade de um ato soberano de um Estado Estrangeiro;
- (ii) tal julgamento, se efetuado, teria sérias limitações institucionais;
- (iii) as relações internacionais demandam uma política exterior cuidadosa e equilibrada;
- (iv) a política externa tem de ser conduzida com vistas ao atendimento dos interesses do país (Estados Unidos) como um todo;
- (v) quando os tribunais, pouco a pouco, começam a julgar a legalidade de atos soberanos de Estados, ameaçam pôr em frangalhos a diplomacia do país. Desta forma, esta questão passa pela análise e pelos mecanismos possíveis à disposição do Poder Executivo, e não do Poder Judiciário.

A semelhança entre a Imunidade de Jurisdição e a Doutrina do Ato de Estado é a preocupação com o fator soberania dos Estados estrangeiros. Os elementos divergentes entre as duas doutrinas, conforme assinalou o magistrado Choy, são, resumidamente os seguintes:

- (vi) a imunidade de jurisdição diz respeito à jurisdição do tribunal, enquanto a Doutrina do Ato de Estado não tem a ver com jurisdição. Ela apenas procura afastar uma tomada de decisão judicial em áreas tidas por “sensíveis”;
- (vii) a imunidade de jurisdição é um princípio de direito internacional e reconhecido pelos EUA por lei; a Doutrina do Ato de Estado é um princípio jurídico interno que reconhece não só a soberania de Estados estrangeiros como as esferas de atuação entre os Poderes de um governo;
- (viii) os Estados estrangeiros, como réus, é que devem alegar a Imunidade de Jurisdição, enquanto a aplicação da Doutrina do Ato de Estado surge do próprio desempenho das atividades peculiares dos tribunais americanos. Assim, um particular pode levantar alegações com base nesta Doutrina;
- (ix) a Doutrina do Ato de Estado não está jungida à exceção da atividade de caráter comercial que se aplica à Imunidade de Jurisdição.

Neste particular, o comentário de Jacob Dolinger se alinha com o do magistrado norte-americano, ao observar que:

- (x) enquanto a imunidade jurisdicional do Estado suscita uma questão de natureza processual no plano internacional, o Act of State é uma doutrina destinada a evitar atuação judicial em uma área sensível, que pode, eventualmente, interferir com a atuação do Poder Executivo nas relações internacionais dos Estados Unidos.<sup>406</sup>

Com base nessas premissas e diferenças, o juiz Choy entendeu que a política de fixação de preços pela OPEP tem sim a influência do elemento soberania e que, muito embora o fator “propósito” não possa ser cogitado para os casos de Imunidade de Jurisdição, ele é importante para definir a aplicabilidade da Doutrina do Ato de Estado porque o interesse público do Estado estrangeiro é a motivação que determina o respeito às suas decisões soberanas.<sup>407</sup>

### 3.3.1.3 Conclusão

Por uma necessidade de cautela na análise e pela desconexão com a eventualidade de existência de componentes comerciais em determinada atividade é que se deve aplicar a Doutrina do Ato de Estado,<sup>408</sup> e não se lançar mão da Imunidade de Jurisdição. E assim se procedeu no caso concreto, para se considerar que os países integrantes da OPEP tinham em mãos a decisão soberana do que fazer com os seus recursos naturais e para afastar a aplicação do FSIA.

### 3.3.2 Caso Atwood Turnkey Drilling v. Petróleo Brasileiro S.A. [PETROBRAS] (1989)<sup>409</sup>

<sup>406</sup> DOLINGER, Jacob. *A Dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 99.

<sup>407</sup> BOSSELMAN, Fred; ROSSI, Jim; WEAVER, Jacqueline. *Energy, economics and the environment*. New York: Foundation Press, 2000p. 1160.

<sup>408</sup> 145 Assim observa Jacob Dolinger, ao comentar as conclusões da jurisprudência norte-americana a partir do caso vertente: “A opinião de que também na teoria do *Act of State* deve-se excepcionar as hipóteses de atividade comercial, como ocorre com a teoria da imunidade jurisdicional do Estado, não é sempre aceita, eis que como disse uma corte americana em *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC*, ‘certas atividades, aparentemente de natureza comercial, envolvem considerações de Estado’. Quando um Estado age como Estado, continuou a corte, permanece válida a teoria do Act of State, ‘desconsideradas quaisquer componentes da atividade envolvida’.” DOLINGER, Jacob. *A Dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 100.

<sup>409</sup> 146 United States Court of Appeals for the 5th Circuit. Citado como: 875 F.2d 1174.

### 3.3.2.1 Resumo dos Fatos

A companhia norte-americana *Atwood Turnkey Drilling* ingressou com uma medida cautelar nos EUA contra a PETROBRAS por quebra de contrato de perfuração *offshore* já realizada no Brasil, para que a ré estendesse ou renovasse uma carta de crédito oferecida por um banco americano, bem como requerer que uma garantia ofertada pelo EXIMBANK (*The Export-Import Bank of The United States*) fosse estendida, pois o prazo das que haviam sido oferecidas estava próximo de se esgotar. A PETROBRAS não pagou aproximadamente US\$ 2 milhões pelo trabalho de perfuração realizado pela autora, havendo risco de dano irreparável à continuidade de suas atividades regulares. A medida cautelar foi concedida e contra ela a PETROBRAS recorreu, através de um pedido de revisão da decisão interlocutória.

### 3.3.2.2 Jurisdição sobre a Apelação da PETROBRAS

A autora alegou que a Corte de Apelação não teria jurisdição no caso de recurso que versasse sobre a concessão de medidas cautelares em decisões interlocutórias, a menos que a ré demonstrasse que a decisão causaria dano irreparável ou que pudesse ser atacada por meio de um recurso imediato. A PETROBRAS contra-argumentou que o requisito do dano irreparável não se aplica às decisões interlocutórias concessivas de medidas cautelares, mas apenas a outras decisões que não possuam a forma de uma cautelar, embora tenham o mesmo efeito prático. O tribunal reconheceu razão à PETROBRAS e admitiu a apelação, com base na seção 1292 (a) (1)<sup>410</sup> do Título 28 do US Code.

### 3.3.2.3 Não Reconhecimento da Imunidade de Jurisdição

---

<sup>410</sup> **SECTION 1292. INTERLOCUTORY DECISIONS - US CODE**

(a) Except as provided in subsections (c) and (d) of this section, the courts of appeals shall have jurisdiction of appeals from:

(1) Interlocutory orders of the district courts of the United States, the United States District Court for the District of the Canal Zone, the District Court of Guam, and the District Court of the Virgin Islands, or of the judges thereof, granting, continuing, modifying, refusing or dissolving injunctions, or refusing to dissolve or modify injunctions, except where a direct review may be had in the Supreme Court;

(...)

O tribunal considerou que a PETROBRAS poderia ser beneficiada com a imunidade de jurisdição prevista no FSIA, porque apresentou cópia da lei que a criou, demonstrando que era uma pessoa jurídica autônoma e que o governo brasileiro detinha a maior participação acionária, conforme o que estatui a seção 1603 do Estatuto legal. A ré alegou que a renovação da carta de crédito não seria possível à luz do FSIA.

A seção 1603 define o que são agências ou instrumentalidades estrangeiras para fins de reconhecimento da imunidade de jurisdição.<sup>411</sup> Neste ponto, o tribunal entendeu que a PETROBRAS preenchia os requisitos ali estabelecidos e estava acobertada pela imunidade soberana nos termos do estatuto legal, descabendo a apropriação de bens anterior a uma decisão definitiva<sup>412</sup> (*prejudgement attachment*), conforme a seção 1609.<sup>413</sup>

Porém, a autora alegou que a PETROBRAS renunciou expressamente à sua imunidade, o que os magistrados confirmaram, com base no artigo IX, parágrafo B<sup>414</sup> do acordo celebrado entre ela, o *FIRST INTERSTATE BANK* e o *EXIMBANK*. Houve, dessa forma, preclusão lógica na alegação da imunidade de jurisdição como defesa. Seus bens utilizados em atividades comerciais poderiam, então, ser apropriados para a garantia do juízo no caso de vir a perder a ação principal, considerando que a autora possuía chance razoável e potencial de provar seu direito quando do deslinde do mérito da controvérsia.

### 3.3.2.4 Conclusão

<sup>411</sup> Vide referência ao conceito na análise introdutória ao presente capítulo, *in fine*.

<sup>412</sup> Esta definição é dada por Luiz Carlos Sturzenegger em STURZENEGGER, Luiz Carlos. *Imunidades de Jurisdição e de Execução dos Estados: Proteção a Bens de Bancos Centrais*. R. de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 173, jul./set. 1977. p. 35.

<sup>413</sup> **SECTION 1609. IMMUNITY FROM ATTACHMENT AND EXECUTION OF PROPERTY OF A FOREIGN STATE - US CODE**

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act the property in the United States of a foreign state shall be immune from attachment arrest and execution except as provided in sections 1610 and 1611 of this chapter.

<sup>414</sup> **Article IX**

“B. Waiver of sovereign immunity. The Borrower [Petrobras] acknowledges and agrees that the activities contemplated by the provisions of this agreement and the notes are commercial in nature rather than governmental or public and therefore acknowledges and agrees that it is not entitled to any right of immunity on the grounds of sovereignty or otherwise with respect to such activities or in any legal action or proceeding arising out of or relating to this agreement or the notes. The Borrower ... expressly and irrevocably waives any such right of immunity (including any immunity from the jurisdiction of any court *or from any execution or attachment in aid of execution prior to judgment or otherwise*) or claim thereto which may now or hereafter exist, and agrees not to assert any such right or claim in any such action or proceeding, whether in the United States or otherwise. (emphasis added).” Extraído na íntegra da decisão.

O tribunal entendeu que uma ação de perdas e danos, a ser intentada pela autora anos depois de seus negócios serem arruinados, não seria um remédio aceitável e, para impedir isso, negou a apelação da PETROBRAS, mantendo-se a decisão de primeira instância garantindo a medida cautelar.

### 3.3.3 Caso United States Fidelity & Guaranty Company v. Braspetro Oil Services Company and Petróleo Brasileiro S.A. [PETROBRAS] (1999)<sup>415</sup>

#### 3.3.3.1 Resumo dos Fatos

*United States Fidelity & Guaranty Company* (USFG) e *American Home Assurance Company* (AHAC) processaram *Braspetro Oil Services Co.* (Brasoil), dentre outros, buscando obter uma declaração de suas obrigações e responsabilidades através de seguro garantia materializado em “*performance bonds*” (obrigações de desempenho). A Brasoil peticionou com o objetivo de impedir o seguimento da ação por: (i) falta de jurisdição na matéria; (ii) falta de jurisdição pessoal; (iii) existência de cláusula contratual de eleição de foro; e (iv)

---

<sup>415</sup> United States District Court of Appeals for the 2nd Circuit. Citado como: 199 F. 3d 94. As mesmas empresas foram personagens de uma demanda que tramitou no Brasil perante a 42a Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro nos Processos n° 1997.001.118366-1 e cautelares de produção antecipada de provas n° 1998.001.048901-0 e n° 1998.001.106565-4, além dos agravos de instrumento ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro n° 1999.002.05389 e 1999.002.01561, tendo chegado ao Superior Tribunal de Justiça a partir do Recurso Especial n° 251.438/RJ [vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Imunidade de Jurisdição. Competência Internacional. Contrato de Conversão de navio petroleiro em Unidade Flutuante. Garantia Representada por “*performance bond*” emitido por empresas estrangeiras. Caráter Acessório deste Último. Competência Concorrente (art. 88, inc. II, do CPC). REsp n° 251.438. Recorrentes: American Home Assurance Company e outros. Recorrida: Braspetro Oil Services Company - BRASOIL. Relator: Min. Barros Monteiro, despacho de 08 de agosto de 2000. R. dos Tribunais, São Paulo, v. 786, p. 246, abr. 2001]. Em primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento do mérito por ausência de jurisdição brasileira e, ao subir para o TJ/RJ, o acórdão restabeleceu a jurisdição da 42a Vara Cível do Rio de Janeiro, com fundamento nos artigos 88, incisos I e II do CPC, o que foi confirmado pelo Tribunal Superior. Não se discutiu, no Brasil, a questão da imunidade de jurisdição, pela razão de que a Brasoil não é imune à jurisdição brasileira, embora se pudesse discutir se ela é imune à jurisdição norte-americana (e por isso se controverteu sobre o tema na ação ajuizada nos EUA), mas sim a questão da cláusula de eleição de foro estabelecida no contrato de *performance bond* entre estaleiros brasileiros e as seguradoras norte-americanas (contrato acessório ao contrato principal entre a Brasoil e os estaleiros para a transformação de uma plataforma) e que estabelecia o foro da autoridade judiciária de Nova York como o competente para apreciar a matéria. Como a Brasoil só celebrara o contrato principal, e não o acessório, a ela não se aplicaria a referida cláusula. Vide TIBURCIO, Carmen. Comentários ao recurso especial n° 251.438: três temas de processo internacional (cláusula de eleição de foro). In: TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 83-121.



aplicação do *forum non conveniens* (foro não conveniente).<sup>416</sup> O tribunal local negou provimento à petição da Brasoil, e esta, então, ingressou com apelação perante a Corte Distrital.

### 3.3.3.2 Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição

Com respeito à demanda baseada nos acordos indenizatórios, o tribunal sustentou que a decisão anterior entendeu, corretamente, que a PETROBRAS ou sua parceira Brasoil participou de atos “em conexão com uma atividade comercial” que causou “um efeito direto nos Estados Unidos” [seção 1605 (a) (2), FSIA<sup>417</sup>]. O tribunal entendeu que os atos atribuíveis à PETROBRAS são suficientes para o enquadramento na exceção da atividade comercial do FSIA e, portanto, conferir-se-ia jurisdição na matéria, independentemente de consideração se seus co-réus são seus parceiros ou se os atos destes seus parceiros também a colocaram dentro da exceção da atividade comercial do FSIA.

A terceira cláusula de exceção à atividade comercial do FSIA excepciona a imunidade de jurisdição de um Estado estrangeiro quando a demanda se baseia em um ato que ocorra fora dos Estados Unidos, em conexão com uma atividade comercial, e que cause um efeito direto nos EUA [seção 1605 (a) (2)].<sup>420</sup> Um Estado realiza atividade comercial para os fins do FSIA quando age não em seu papel governamental ou público, mas como um *player* privado do mercado.

---

<sup>416</sup> Como leciona Marilda Rosado, a doutrina do *forum non conveniens* é uma construção da jurisprudência norte-americana e que permite ao magistrado, em verificando que há um foro onde a controvérsia poderia ser melhor dirimida, declarar-se incompetente para apreciá-la. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 22. Outra doutrinadora, a professora Vera Jatahy, complementa que o princípio do foro não conveniente deve conjugar não só os interesses das partes envolvidas em se submeterem a uma outra jurisdição, como também o interesse público do foro. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 38.

<sup>417</sup> **SECTION 1605. GENERAL EXCEPTIONS TO THE JURISDICTIONAL IMMUNITY OF A FOREIGN STATE - US CODE**

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case:

(1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver;

(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;

Sob determinadas circunstâncias, os atos de agentes estatais podem ser atribuídos ao Estado no que se refere à aplicação da seção 1605 (a) (2)<sup>420</sup> do FSIA. A forma da companhia pode ser desconsiderada quando “uma entidade incorporada é controlada quase totalmente por seu proprietário, de modo que uma relação de representação<sup>418</sup> é criada”, ou “a forma da companhia é interposta para driblar políticas legislativas”, ou, ainda, o reconhecimento da forma da companhia “tornar-se-ia uma fraude ou uma injustiça.”<sup>419</sup> As autoras fizeram prova suficiente de que a Brasoil era uma instrumentalidade da PETROBRAS e, por isso, os atos daquela são atribuíveis a essa.

Os atos do Estado (da PETROBRAS e da Brasoil) estariam em conexão com uma atividade comercial quando houvesse uma conexão substantiva ou um liame causal entre estes atos e a atividade comercial.<sup>420</sup> Um efeito é direto caso se suceda como uma consequência imediata da atividade da ré, não necessitando ser substancial ou previsível.

### 3.3.3.3 Conclusão

Os autores alegaram, e o tribunal concluiu, que a PETROBRAS tomou a decisão de declarar seus co-réus em *default* e que os autores receberam o comunicado de inadimplência através da PETROBRAS (Brasoil). Os atos atribuíveis à PETROBRAS foram verificados em conexão com os seus projetos comerciais de construção de plataformas e provocaram a execução das obrigações das autoras, previstas nos “*performance bonds*” atrelados à construção das plataformas P-19 e P-31 e, assim, o efeito direto nos EUA de causar as reivindicações indenizatórias das autoras. Os acordos indenizatórios, que previam o pagamento nos EUA, eram regidos pela lei de Nova York e estavam submetidos à jurisdição da Corte Distrital daquela localidade. Por fim, a PETROBRAS não seria titular da imunidade soberana porque seus atos a colocavam dentro da exceção prevista no FSIA (a prática de atividade comercial).

---

<sup>418</sup> Relação entre “*principle and agent*”, cuja definição é a seguinte: “the right of an agent to act is termed his authority or power. In some instances the authority or power must be exercised in the name of the principle, and the act done for his benefit alone. The principle is one who being competent to do an act for his own benefit or on his own account, confides it to another person to do for him.” Vide Bouvier’s 1914 Law Dictionary, p. 2687.

<sup>419</sup> Com base no precedente *BANCEC*. Citado como: 462 U.S. 629-30.

<sup>420</sup> Com base no precedente *HANIL BANK*. Citado como: 148 F.3d 131.

### 3.3.4 Caso Arriba Limited v. Petróleos Mexicanos [PEMEX] (1992)<sup>421</sup>

#### 3.3.4.1 Resumo dos Fatos

*Petróleos Mexicanos* (PEMEX), Companhia de Petróleo Nacional do México, apelou contra a negativa da Corte Distrital em dar prosseguimento à sua ação para suspender o julgamento por falta de jurisdição, de acordo com o que dispunha o FSIA, nas seções 1330 e 1602 a 1611.<sup>422</sup> A PEMEX, um das maiores companhias de petróleo do mundo e exportadora de óleo cru, foi processada por *Arriba Ltd.*, uma Companhia das Bahamas com sede de negócios nos Estados Unidos, pelos danos que se originaram de um contrato não cumprido entre a autora e uma subdivisão da ré, a *União de Trabalhadores Petroleiros do México / Sindicato de Trabalhadores Petroleiros da República Mexicana*. A Corte Distrital sustentou que a PEMEX não havia esclarecido que suas atividades estavam fora da exceção das “atividades comerciais” à imunidade de jurisdição contida no FSIA [28 US Code, seção 1605 (a) (2)].<sup>420</sup>

A Corte de Apelação sustentou que a PEMEX estaria coberta pela Imunidade de Jurisdição, revertendo a decisão anterior, e negou seguimento à ação proposta pela *Arriba*, por considerá-la prejudicada.

---

<sup>421</sup> United States Court of Appeals for the 5th Circuit. Citado como: 962 F.2d 528, 534.

<sup>422</sup> **SECTION 1330. ACTIONS AGAINST FOREIGN STATES – US CODE**

(a) The district courts shall have original jurisdiction without regard to amount in controversy of any nonjury civil action against a foreign state as defined in section 1603 (a) of this title as to any claim for relief in personam with respect to which the foreign state is not entitled to immunity either under sections 1605–1607 of this title or under any applicable international agreement.

(b) Personal jurisdiction over a foreign state shall exist as to every claim for relief over which the district courts have jurisdiction under subsection (a) where service has been made under section 1608 of this title.

(c) For purposes of subsection (b), an appearance by a foreign state does not confer personal jurisdiction with respect to any claim for relief not arising out of any transaction or occurrence enumerated in sections 1605–1607 of this title.

**SECTIONS 1602 A 1611 – US CODE**

§ 1602. Findings and declaration of purpose

§ 1603. Definitions

§ 1604. Immunity of a foreign state from jurisdiction

§ 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state

§ 1606. Extent of liability

§ 1607. Counterclaims

§ 1608. Service; time to answer; default

§ 1609. Immunity from attachment and execution of property of a foreign state

§ 1610. Exceptions to the immunity from attachment or execution

§ 1611. Certain types of property immune from execution.

### 3.3.4.2 Considerações sobre Jurisdição e o *Foreign Sovereign Immunities Act* [FSIA]

Como pressuposto, os magistrados entenderam que a PEMEX é uma instrumentalidade do governo mexicano para atuação no cenário econômico. Apesar das alegações da companhia *ARRIBA LTD.* de que a ré realizava atividades comerciais com nexo jurisdicional nos EUA [seção 1605 (a) (1) e (2)]<sup>420</sup>, a mera realização dessas atividades não é suficiente, mas sim a definição deste nexo. E a definição se daria apenas se:

- (a) a atividade comercial fosse realizada nos EUA;
- (b) um ato fosse realizado nos EUA em conexão com uma atividade comercial realizada fora dos EUA;
- (c) uma atividade comercial fosse realizada fora dos EUA com reflexos diretos naquele país. Atividades isoladas ou não relacionadas entre si realizadas nos EUA não autorizariam a exceção à imunidade.

Os juízes entenderam que o primeiro passo em falso incorrido no julgamento então superado foi a permissão ampla e prematura à autora para apresentar provas (*discovery*) de que a ré exercia atividades comerciais e que, portanto, não estava acobertada pela imunidade de jurisdição. Eis trecho da decisão:

At the very least, discovery should be ordered circumspectly and only to verify allegations of specific facts crucial to an immunity determination. A necessary prerequisite to an order for limited discovery is a district court's clear understanding of the plaintiff's claims against a sovereign entity. It is at this first step that the district court stumbled.

De fato, prossegue a decisão, não houve maiores provas de que a PEMEX estaria realizando qualquer atividade comercial nos Estados Unidos ou que o afetasse diretamente. Nem que a própria autora teria negociado, participado ou contratado com a ré de qualquer forma. A argumentação genérica de que a PEMEX realiza atividade comercial nos EUA não é suficiente, porque, por precedente jurisprudencial,<sup>423</sup> definiu-se que o reconhecimento da jurisdição pelo FSIA se dá com fulcro nos atos que dão sustentação à demanda da autora.

Dentre outros argumentos relevantes, os juízes entenderam que a autora não provou nenhuma relação entre a PEMEX e a comissão formada pela *UNIÃO DE TRABALHADORES*

---

<sup>423</sup> Caso *STENA*. Citado como: 923 F.2d 387-888.

*PETROLEIROS DO MÉXICO*, seja em co-participação, seja através de qualquer outra relação legal existente entre tais entidades, ou por qualquer demonstração de que a *UNIÃO DE TRABALHADORES* agia “para” a ré. Não haveria como aplicar a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*piercing of the corporate veil*) para se chegar à ré, simplesmente porque ela não participou do contrato entre a empresa *ARRIBA LTD.* e o sindicato. Por isso, no entender dos magistrados, o FSIA não confere jurisdição no caso concreto em relação à PEMEX.

### 3.3.4.3 Renúncia Tácita à Imunidade de Jurisdição

A autora alegou que na Lei Orgânica da PEMEX, em seu artigo 17,<sup>424</sup> há a autorização para que a Companhia “processe e seja processada”. Isso significaria, no entender da autora,

---

<sup>424</sup> Apresentamos a evolução legislativa ocorrida no México, com a sucessiva revogação e aprovação de novas leis para regular o setor de petróleo no país. O professor de Direito Internacional Privado da Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Jose Luis Siqueiros, ao analisar a responsabilidade civil da PEMEX no *CASO SEDCO, INC. V. PETRÓLEOS MEXICANOS* [PEMEX] (1982) (caso em que se reconheceu a imunidade de jurisdição em relação à PEMEX com base na tese da soberania do Estado sobre seus recursos naturais) afirmou que o alcance do artigo 17 da então vigente LEY ORGÁNICA DE PETRÓLEOS MEXICANOS, de 23 de janeiro de 1971, publicada no Diário Oficial da Federação dos Estados Unidos Mexicanos de 6 de fevereiro de 1971, era o de que “en todos los actos, convenios y contratos en que intervenga PEMEX, serán aplicables las Leyes federales y que las controversias en que sea parte, cualesquiera que sea su carácter, serán de la competencia exclusiva de los Tribunales de la Federación.” SIQUEIROS, José Luis, La responsabilidad civil de Petróleos Mexicanos en el caso del pozo Ixtoc I”, *El Foro*, Organo de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, sexta época, n. 18, jul.-set., 1979, p. 59 et seq.

Em 1992, tal lei foi revogada pela LEY ORGÁNICA DE PETRÓLEOS MEXICANOS Y ORGANISMOS SUBSIDIARIOS (publicada no Diário Oficial da Federação dos Estados Unidos Mexicanos de 16 de julho de 1992), que, em seu artigo 12 permitia aos diretores gerais desistir de ações judiciais, comprometer-se em arbitragens e transigir. Já o artigo 14, *in fine*, passa a prever a indubitável autorização legal para que, mediante pactuação, a empresa se submetesse à jurisdição estrangeira (e para atos *jus gestionis*):

#### **LEY ORGÁNICA DE PETRÓLEOS MEXICANOS Y ORGANISMOS SUBSIDIARIOS – 1992**

##### **Artículo 14**

Los actos jurídicos que celebren Petróleos Mexicanos o cualquiera de sus Organismos Subsidiarios se regirán por las Leyes Federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, *salvo acuerdo arbitral*, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales. (grifos nossos)

Tratándose de *actos jurídicos de carácter internacional*, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, *la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto*. (grifos nossos)

Tal lei foi revogada em 2008 pela NUEVA LEY DE PETRÓLEOS MEXICANOS (publicada no Diário Oficial da Federação dos Estados Unidos Mexicanos de 28 de novembro de 2008), repetindo, nesse ponto, a mesma redação da anterior.

#### **NUEVA LEY DE PETRÓLEOS MEXICANOS – 2008**

##### **Capítulo VI**

##### **Disposiciones finales**

##### **Artículo 72**

renúncia tácita à Imunidade de Jurisdição. O tribunal desconsiderou esse ponto de vista por entender que essa cláusula genérica não significa que a estatal mexicana tenha aberto mão do privilégio à imunidade de jurisdição pois, em assim se entendendo, em todas as ações futuras em que figurasse como parte, tal imunidade seria descartada.

O tribunal também observou que o mesmo artigo 17, por outro lado, daria apenas aos tribunais mexicanos jurisdição exclusiva sobre todas as controvérsias da qual a PEMEX fosse parte, de modo que o seu estatuto legal, ao contrário, afasta a ideia de renúncia à imunidade, que é uma das hipóteses expressamente previstas de incidência do FSIA [seção 1605 (a) (1) 154].<sup>420</sup>

### 3.3.4.4 Conclusão

Acolhida a preliminar de ausência de jurisdição na matéria devido à inaplicabilidade do FSIA, todas as alegações foram consideradas prejudicadas, inclusive um recurso que alegava a incidência da Doutrina do Ato de Estado (*Act of State Doctrine*).

### 3.3.5 Caso Caribbean Trading & Fidelity Corporation v. Nigerian National Petroleum Corporation [NNPC] (1991)<sup>425</sup>

#### 3.3.5.1 Resumo dos Fatos

---

Los actos jurídicos que celebren Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios se regirán por las leyes federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, *salvo acuerdo arbitral*, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales. (grifos nossos)

Tratándose de *actos jurídicos de carácter internacional*, Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios *podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto*. (grifos nossos)

<sup>425</sup> United States Court of Appeals for the 2nd Circuit. Citado como: 948 F.2d 111. Outro caso semelhante, e de grande repercussão internacional foi o da nacionalização da LIAMCO pelo governo da Líbia [*CASO LIBYAN AM. OIL CO. [LIAMCO] V. LIBYA [SOC. PEOPLE'S LIBYAN ARAB JAMAHIRYA] (1980)*], em que não se reconheceu a imunidade de jurisdição, mas se extinguiu o processo pelo reconhecimento da incidência da Doutrina do Ato de Estado, impedindo-se a execução, nos EUA, de laudo arbitral obtido pela empresa contra aquele país. Vide repercussões do caso na lex mercatoria no capítulo 5, *infra*.

O caso envolve um procedimento arbitral realizado na Nigéria entre a Companhia *Caribbean Trading & Fidelity Co.* e a Companhia de Petróleo Nacional da Nigéria (*Nigerian National Petroleum Corporation*). A autora conseguiu um laudo arbitral contra a ré e ingressou com uma petição na Corte Distrital de Nova York para confirmação e cumprimento do laudo, de acordo com o que estatui a Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958).<sup>426</sup> A Companhia de Petróleo Nigeriana acionou no sentido de trancar a petição. Além disso, houve determinação de fornecimento de garantia,<sup>427</sup> 164 nos termos do artigo VI<sup>428</sup> 165 da referida Convenção, contra o que a Estatal nigeriana se insurgiu, alegando violação ao FSIA (seção 1609).<sup>429</sup>

### 3.3.5.2 Os Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição

A estatal nigeriana alegou que a ordem judicial para a apresentação de garantia violava o FSIA, que estabelece para Estados estrangeiros uma “imunidade” a essa apresentação antes do julgamento. Suscitou precedentes que a Corte considerou como enquadráveis apenas na seção 1604,<sup>430</sup> e não na desnecessidade de garantia prévia constante na seção 1609,<sup>432</sup> porque a garantia do juízo não pode ser considerada de tal ordem análoga à alegação de imunidade soberana que define a seção 1604. No caso concreto, o litigante, fosse ele soberania doméstica

<sup>426</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 881-885.

<sup>427</sup> 164 O fornecimento de garantia a que nos referimos é representado pela expressão “to post security”, que significa apresentar em juízo “something of value, usually but not necessarily money, given to ensure that a payment will be made. For example, a bank may require security in the form of a lien on property in order to give a loan. If the

loan is not repaid, the bank may use the security to satisfy the debt.” Vide SHAMOS, Michael I. *Intellectual Capital Glossary*. *Institute for eCommerce, Carnegie Mellon University*, 1999. Disponível em: <<http://euro.ecom.cmu.edu/resources/elibrary/icgloss.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>428</sup> 165 **CONVENÇÃO DE NOVA YORK SOBRE RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS - 1958**

**Artigo VI** Caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no Artigo V, 1. (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto a execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.

<sup>429</sup> **SECTION 1609. IMMUNITY FROM ATTACHMENT AND EXECUTION OF PROPERTY OF A FOREIGN STATE - US CODE**

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act the property in the United States of a foreign state shall be immune from attachment arrest and execution except as provided in sections 1610 and 1611 of this chapter.

<sup>430</sup> 166 **SECTION 1604. IMMUNITY OF A FOREIGN STATE FROM JURISDICTION - US CODE**

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.

ou o estado estrangeiro, poderia até ser vitorioso, mas teria de arcar com os custos do julgamento.

Portanto, a imunidade conferida pela seção 1609<sup>432</sup> relaciona-se unicamente ao mérito da ordem judicial que requer a garantia. Entretanto, só se pode apelar do mérito de tal ordem à luz de uma prática jurisprudencial americana conhecida por “*collateral order doctrine*”, para a qual a questão deve ser suficientemente importante para a solução da controvérsia, embora não se confunda com o próprio mérito da lide.

### 3.3.5.3 Conclusão

Os magistrados, por maioria, entenderam que não havia razão em distinguir as finalidades de revisão de apelação contra uma ordem judicial que erroneamente obriga o fornecimento de garantia e outra, idêntica, que seja determinada em contrariedade a uma lei como o FSIA, e que indica que uma das partes é “imune” a tal ordem. Entenderam também que, de acordo com as regras de processo civil do Estado de Nova York, a alegação de imunidade soberana já havia precluído. Por isso, não lhe deram seguimento. A convolação da petição rejeitada por ausência de jurisdição em mandado de segurança, possibilidade existente conforme precedentes da jurisprudência, também foi negada pelo tribunal.

### 3.3.6 Caso Interpetrol Bermuda Limited v. Trinidad & Tobago Oil Company Limited [TRINTOC] (1987)<sup>431</sup>

#### 3.3.6.1 Resumo dos Fatos

O caso envolve a nacionalização posterior à apresentação de garantia do juízo por *TRINIDAD & TOBAGO OIL CO LTD*. A autora (*INTERPETROL BERMUDA LIMITED*), então, peticionou para que a garantia fosse aumentada. A Suprema Corte de Nova York sustentou que: (i) a propriedade da companhia nacionalizada estava absolutamente imune,

---

<sup>431</sup> US Supreme Court, New York County, New York, IAS Part 20. Citado como: 135 Misc.2d 160, 513 N.Y.S.2d 598.



segundo o FSIA, ao fornecimento de garantia antes do julgamento, uma vez que a imunidade não havia sido renunciada explicitamente, e (ii) a anulação da garantia do juízo foi, também, requerida segundo a Lei de Nova York. Além disso, o Governo de Trinidad & Tobago havia aprovado a nacionalização de 100% do capital da *TRINIDAD & TOBAGO OIL CO. LTD.*, através do “*Vesting Act*”, de dezembro de 1980.

### 3.3.6.2 Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição

Para os magistrados, o FSIA, de 1976, fornece um esquema legal detalhado e uniforme que define e preserva a imunidade soberana nos tribunais – estaduais e federais – dos EUA. Além de suas previsões jurisdicionais, o ato estabelece o que segue: “sujeita aos acordos internacionais até então firmados dos quais os Estados Unidos são parte no momento da aprovação deste ato, a propriedade de Estados Estrangeiros nos Estados Unidos é imune ao oferecimento de garantia, arresto ou execução, exceto pelo que previsto nas seções 1610 e 1611 deste capítulo.” [28 US Code, seção 1609<sup>432</sup>].

Nos termos da seção 1603<sup>432</sup> do FSIA, “um Estado estrangeiro” inclui um ente controlado em sua integralidade por uma soberania estrangeira. Desde o ato de investidura (“*vesting act*”) da Companhia à titularidade do Governo de Trinidad & Tobago, não se pode negar que a TRINTOC teria o mesmo tratamento de um Estado estrangeiro, dentro da abrangência do FSIA. Por isso, sua propriedade é absolutamente imune à garantia do juízo a não ser que houvesse uma renúncia explícita à imunidade pela soberania estrangeira. A seção 1610, alíneas (a) a (c),<sup>433</sup> permite renúncias explícitas e implícitas nos casos de garantia do

---

<sup>432</sup> **SECTION 1603. DEFINITIONS - US CODE**

For purposes of this chapter:

(...)

(b) An "agency or instrumentality of a foreign state" means any entity:

(1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and

(2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and

(3) which is neither a citizen of a State of the United States as defined in section 1332 (c) and (d) of this title, nor created under the laws of any third country.

<sup>433</sup> **SECTION 1610. EXCEPTIONS TO THE IMMUNITY FROM ATTACHMENT OR EXECUTION - US CODE**

(a) The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603 (a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if:

juízo. A distinção e maiores repercussões da renúncia à garantia do juízo refletem a natureza “inerentemente onerosa” destas garantias na medida em que “causam restrições à propriedade antes do julgamento final do mérito da ação”, conforme diversos outros precedentes.

### 3.3.6.3 Conclusão

A autora alegou que o “*Vesting Act*”, em seu artigo 4(1)(i) estatua que todo julgamento ou laudo arbitral obtido contra a empresa nacionalizada e não inteiramente satisfeitos eram-lhe oponíveis. O tribunal considerou, contudo, que não havia, aí, uma renúncia expressa à imunidade ao oferecimento de garantia ao juízo conforme exigiria o FSIA. Por isso, concluiu-se pela anulação da ordem para que a *TRINIDAD & TOBAGO OIL CO.* fornecesse garantia para fazer parte da relação processual, não só pelas falhas processuais

---

(1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or

(2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based, or

(3) the execution relates to a judgment establishing rights in property which has been taken in violation of international law or which has been exchanged for property taken in violation of international law, or

(4) the execution relates to a judgment establishing rights in property:

(A) which is acquired by succession or gift, or

(B) which is immovable and situated in the United States: Provided, That such property is not used for purposes of maintaining a diplomatic or consular mission or the residence of the Chief of such mission, or (5) the property consists of any contractual obligation or any proceeds from such a contractual obligation to indemnify or hold harmless the foreign state or its employees under a policy of automobile or other liability or casualty insurance covering the claim which merged into the judgment, or

(6) the judgment is based on an order confirming an arbitral award rendered against the foreign state, provided that attachment in aid of execution, or execution, would not be inconsistent with any provision in the arbitral agreement, or

(7) the judgment relates to a claim for which the foreign state is not immune under section 1605 (a)(7), regardless of whether the property is or was involved with the act upon which the claim is based.

(b) In addition to subsection (a), any property in the United States of an agency or instrumentality of a foreign state engaged in commercial activity in the United States shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if:

(1) the agency or instrumentality has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or implicitly, notwithstanding any withdrawal of the waiver the agency or instrumentality may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or

(2) the judgment relates to a claim for which the agency or instrumentality is not immune by virtue of section 1605 (a)(2), (3), (5), or (7), or 1605 (b) of this chapter, regardless of whether the property is or was involved in the act upon which the claim is based.

(c) No attachment or execution referred to in subsections (a) and (b) of this section shall be permitted until the court has ordered such attachment and execution after having determined that a reasonable period of time has elapsed following the entry of judgment and the giving of any notice required under section 1608 (e) of this chapter.

(...)

cometidas pela autora, mas também pelo “respeito que deve ser demonstrado em relação a um governo soberano estrangeiro e amigável.”<sup>434</sup>

### 3.3.7 Caso Martropico Compañía Naviera S.A. v. Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara [PERTAMINA] (1977)<sup>435</sup>

#### 3.3.7.1 Resumo dos Fatos

Ação envolvendo a *COMPANHIA DE NAVEGAÇÃO MARTROPICO* e a Estatal Indonésia PERTAMINA que traz um problema de direito intertemporal e de competência interna com relação à aplicação do FSIA. A demanda foi ajuizada 6 (seis) meses antes de sua entrada em vigor e houve o deslocamento da causa para um tribunal federal. A autora, então, pediu que a causa fosse deslocada para uma Corte Distrital. O Juiz Tenney afirmou que a recém-editada lei de imunidade soberana previa que toda ação cível proposta contra um Estado estrangeiro ante um tribunal estadual deveria ser deslocada para um tribunal federal, porque define como jurisdição competente – porém não exclusiva – a jurisdição federal. Porém, a previsão não se aplicaria a causas em curso e que o período de 30 (trinta) dias para o deslocamento conta a partir do recebimento, pelo réu, da citação, e não a partir da entrada em vigor do FSIA. A aprovação da lei também não pode ser considerada uma causa evidente para a ampliação do período de deslocamento da causa.

#### 3.3.7.2 Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição

A Estatal Indonésia PERTAMINA alegou que o deslocamento da causa para a Corte Distrital encontrara repouso na seção 1441 (d) do US Code.<sup>436</sup> Esta seção ampliou o

<sup>434</sup> A frase foi posta pelos magistrados nos seguintes termos: “(...) the respect which should be shown a *friendly foreign sovereign*.” (ênfase nossa) Vemos, neste caso, a manifestação implícita da Doutrina do Ato de Estado.

<sup>435</sup> United States District Court, S. D. New York. Citado como: 428 F.Supp. 1035.

<sup>436</sup> **SECTION 1441. ACTIONS REMOVABLE GENERALLY - US CODE**

(...)

(d) Any civil action brought in a State court against a foreign state as defined in section 1603 (a) of this title may be removed by the foreign state to the district court of the United States for the district and division embracing

deslocamento para os tribunais federais dispendo que: “(d) qualquer ação civil trazida a uma Corte Estadual contra um Estado estrangeiro, como definido na seção 1603 (a) deste título, pode ser deslocada por ele ao tribunal federal do distrito e da divisão que abranja o lugar onde tal ação está em curso. Com a remoção, a ação será julgada pela Corte sem a instituição de um júri. Havendo o deslocamento, baseado nesta subseção, as limitações temporais previstas na seção 1446 (b)<sup>437</sup> deste capítulo podem ser ampliadas a qualquer tempo por uma causa evidente.”

Embora o FSIA tivesse sido aprovado apenas em 21 de outubro de 1976, não entrou em vigor até 21 de janeiro de 1977, após um período de *vacatio legis* de 90 (noventa) dias. A ré sustenta que a previsão de remoção deveria ser entendida como aplicável aos casos que tivessem em curso nos tribunais estaduais na data da aprovação e que a causa evidente “ampla” existe para permitir à Corte ampliar o momento da remoção conforme a parte final da seção 1441 (d).<sup>438</sup>

### 3.3.7.3 Conclusão

O tribunal, contudo, não acolheu os argumentos da ré e o caso manteve-se sob jurisdição da Corte do Estado de Nova York, pelos seguintes motivos, dentre outros:

---

the place where such action is pending. Upon removal the action shall be tried by the court without jury. Where removal is based upon this subsection, the time limitations of section 1446 (b) of this chapter may be enlarged at any time for cause shown.

<sup>437</sup> **SECTION 1446. PROCEDURE FOR REMOVAL - US CODE**

(...)

(b) The notice of removal of a civil action or proceeding shall be filed within thirty days after the receipt by the defendant, through service or otherwise, of a copy of the initial pleading setting forth the claim for relief upon which such action or proceeding is based, or within thirty days after the service of summons upon the defendant if such initial pleading has then been filed in court and is not required to be served on the defendant, whichever period is shorter.

If the case stated by the initial pleading is not removable, a notice of removal may be filed within thirty days after receipt by the defendant, through service or otherwise, of a copy of an amended pleading, motion, order or other paper from which it may first be ascertained that the case is one which is or has become removable, except that a case may not be removed on the basis of jurisdiction conferred by section 1332 of this title more than 1 year after commencement of the action.

<sup>438</sup> **SECTION 1441. ACTIONS REMOVABLE GENERALLY - US CODE**

(...)

(d) Any civil action brought in a State court against a foreign state as defined in section 1603 (a) of this title may be removed by the foreign state to the district court of the United States for the district and division embracing the place where such action is pending. Upon removal the action shall be tried by the court without jury. Where removal is based upon this subsection, the time limitations of section 1446 (b) of this chapter may be enlarged at any time for cause shown.

- (i) a jurisdição estadual continuou, para os casos em que o demandado é Estado estrangeiro, concorrente com a federal;
- (ii) não há a preferência pela jurisdição federal que a ré argui;
- (iii) a jurisdição federal é prospectiva, ou seja, apenas para os casos futuros à aprovação da lei;
- (iv) a aprovação do FSIA não é, por si só, causa evidente para o deslocamento, pois, se assim fosse, este deveria ocorrer para todas as demandas pendentes nos tribunais estaduais;
- (v) o deslocamento da causa, a esta altura, causaria uma duplicação de esforço jurisdicional desnecessária, violando a economia processual, e tornaria os gastos de tempo e dinheiro muito maior para os litigantes.

### 3.3.8 Caso Walpex Trading Co. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos [YPFB] (1989)<sup>439</sup>

#### 3.3.8.1 Resumo dos Fatos

A vendedora, *WALPEX TRADING CO.*, uma companhia dos EUA, moveu uma ação contra a compradora, *YACIEMENTOS PETROLÍFEROS FISCALES BOLIVIANOS (YPFB)*, em razão da ruptura de um contrato para compra de tubulação de aço inteiriço e outros acessórios. A estatal boliviana peticionou para que a demanda fosse rejeitada. A Corte Distrital sustentou que tinha jurisdição na matéria submetida à sua apreciação e que tinha jurisdição pessoal sobre a compradora; e que à sua jurisdição não se aplicava o princípio do foro não conveniente (*forum non conveniens*).

#### 3.3.8.2 Argumentos Relativos à Imunidade de Jurisdição

##### A. Jurisdição na Matéria

---

<sup>439</sup> United States District Court, S.D. New York. Citado como: 712 F.Supp. 383.

A YPFB é uma instrumentalidade do governo boliviano, tem o status “de um Estado estrangeiro” como definido na seção 1603<sup>440</sup>176 do FSIA. A autora afirmou que a Corte tinha jurisdição na matéria conforme a seção 1330 (a)<sup>441</sup> do US Code. A previsão que confere jurisdição remete, por sua vez, às seções 1605-1607 do título 28 do US Code, que são exceções específicas à imunidade natural de um governo estrangeiro. Como na maioria de casos que envolvem o FSIA, a previsão específica relevante é a seção 1605(a) (2).<sup>442</sup>

Se não houvesse jurisdição na matéria, em uma exceção específica do FSIA, a ré seria imune ao processo (seção 1604).<sup>443</sup> A seção 1605 estabelece, na parte (a) (2) que um Estado estrangeiro não deve ser imune à jurisdição dos tribunais dos Estados Unidos ou dos Estados em nenhum caso em que a ação:

- (i) for baseada em uma atividade comercial contínua nos Estados Unidos empreendida pelo Estado estrangeiro; ou
- (ii) em um ato executado nos Estados Unidos em relação a uma atividade comercial do Estado estrangeiro em qualquer outro lugar; ou
- (iii) em um ato de fora do território dos Estados Unidos em relação a uma atividade comercial do Estado estrangeiro em qualquer outra parte e esse ato cause um efeito direto nos Estados Unidos.

A autora argumentou que o primeiro e o terceiro itens da seção 1605, (a), (2) conferem jurisdição ao caso, bem como a configuração do “efeito direto” do ato nos Estados Unidos.

## B. Efeito Direto nos Estados Unidos

---

<sup>440</sup> Vide item 4.1, *in fine*.

<sup>441</sup> **SECTION 1330. ACTIONS AGAINST FOREIGN STATES - US CODE**

(a) The district courts shall have original jurisdiction without regard to amount in controversy of any nonjury civil action against a foreign state as defined in section 1603 (a) of this title as to any claim for relief in personam with respect to which the foreign state is not entitled to immunity either under sections 1605-1607 of this title or under any applicable international agreement.

<sup>442</sup> **SECTION 1605. GENERAL EXCEPTIONS TO THE JURISDICTIONAL IMMUNITY OF A FOREIGN STATE - US CODE**

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case:

(...)

(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;

<sup>443</sup> **SECTION 1604. IMMUNITY OF A FOREIGN STATE FROM JURISDICTION - US CODE**

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.

No que diz respeito ao efeito direto do dano, a YPFB aduziu que o único contrato celebrado foi entre ela e COREIN (*COMPANÍA DE REPRESENTACIONES INTERNACIONALES*, agente comercial da autora na Bolívia). Mas, em contrário, a autora alegou que não era apenas uma beneficiária, mas realmente parte no contrato. Supunha-se que a WALPEX agia através de sua agente, a COREIN, e que a YPFB sabia que estava contratando com a autora, e não com a COREIN.

Restava claro que, se havia uma obrigação contratual de se pagar à WALPEX pelas tubulações de aço, o não pagamento causar-lhe-ia um dano financeiro direto. Claramente, sob este ângulo, o dano reivindicado pela empresa autora seria suficientemente “direto”.

O elemento mais difícil da cláusula do efeito direto envolve a expressão “nos Estados Unidos”. A autora era uma companhia norte-americana, mas as partes discordavam a respeito de onde o pagamento da obrigação contratual deveria ocorrer. A demandante alega que a inferência razoável era a de que o pagamento deveria ser feito com dólares e nos EUA, enquanto a ré alegava que a natureza do negócio das partes indicava que o pagamento seria feito na Bolívia.

Se o descumprimento de uma obrigação por uma empresa soberana estrangeira se desse no estrangeiro, até se poderia alegar a ausência de jurisdição, mas essa exceção claramente não se aplicava às situações, como a presente, na qual recursos bancários norte-americanos foram utilizados para a transação.<sup>444</sup>

Houve uma suposta ruptura de um contrato por uma soberania estrangeira com uma companhia norte-americana. A realização do contrato deveria ocorrer primeiramente nos EUA, e o réu estrangeiro utilizou recursos bancários norte-americanos para facilitar o pagamento. O tribunal se inclinou a dizer que a terceira cláusula da seção 1605(a) (2)<sup>439</sup> ampara ampla jurisdição na matéria, e é, conseqüentemente, desnecessário levar em conta sua o item (1), que a autora considerou como uma base alternativa de jurisdição na matéria.

### C. Jurisdição Pessoal

A jurisdição pessoal sobre as instrumentalidades soberanas estrangeiras de acordo com o FSIA envolve uma análise distinta da questão da jurisdição na matéria. A jurisdição pessoal não pode ser automaticamente baseada na verificação de jurisdição material. Uma

---

<sup>444</sup> Baseado no precedente *REALE INTERNATIONAL, INC. V. FEDERAL REPUBLIC OF NIGERIA*, 562 F.Supp. 54, 57 (S.D.N.Y.1982), onde se afirmou que “jurisdictional exception applies only to an ‘overseas payment by a foreign state to an American corporation in such a manner that does not involve the use of American banking resources’.”

instrumentalidade soberana estrangeira tem resguardadas as mesmas proteções do devido processo legal que são estendidas às pessoas naturais.

### C.1 Jurisdição Geral e Específica

A YPFB alega que somente os contatos relacionados especificamente à transação em questão são relevantes em determinar se o exercício da jurisdição pessoal pelo tribunal, nos termos do FSIA, é constitucionalmente permissível. Esta alegação foi rejeitada pelo tribunal, como uma matéria de devido processo constitucional e de interpretação legal.

Como uma matéria constitucional, a jurisdição específica pode ser encontrada quando uma transação efetuada por uma soberania estrangeira realiza contatos diretamente relacionados e suficientes com os EUA. A jurisdição geral surge onde há contatos suficientes, relacionados ou não à transação, para satisfazer às exigências do devido processo legal. Contatos mais substanciais são requeridos, naturalmente, para estabelecer a jurisdição específica.

O tribunal entendeu que, de acordo com o FSIA, os contatos com todo os Estados Unidos, e não com um Estado da federação ou um foro particular, são relevantes. Mesmo quando a causa da demanda não surge ou não se relaciona às atividades de uma companhia estrangeira nos EUA, o devido processo legal não é ofendido quando o Estado sujeita uma companhia estrangeira à sua jurisdição pessoal e quando há contatos suficientes entre os dois. Claramente, os contatos da ré não relacionados com a transação específica nos EUA podem ser avaliados para se determinar a jurisdição geral possível.

De forma semelhante, a jurisdição pessoal sob o FSIA não está limitada à jurisdição específica, ou seja, baseada somente em atividades conexas. Tal limitação à cláusula do efeito direto da seção 1605 (a) (2),<sup>445</sup> contrariamente à intenção do legislador, confinaria seriamente o alcance dessa exceção. Adicionalmente, a jurisdição pessoal é concorrente com os limites mais amplos do devido processo constitucional, e essa amplitude abrange claramente a jurisdição geral.

---

<sup>445</sup> **SECTION 1605. GENERAL EXCEPTIONS TO THE JURISDICTIONAL IMMUNITY OF A FOREIGN STATE - US CODE**

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States (...)

(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;



## C.2 Jurisdição sobre a YPFB

Os magistrados entenderam que não havia jurisdição pessoal específica sobre a ré. O convite para a licitação não foi publicado nos Estados Unidos; nenhum empregado da YPFB viajou àquele país para tratar da transação; não restava configurada nenhuma prova de comunicação direta a respeito da transação; e os poucos empregados da empresa permanentemente presentes nos EUA não se envolveram na negociação ou na execução do contrato.

Restava estabelecer, depois de afastada a jurisdição específica, se remanescia jurisdição geral dos Estados Unidos sobre a YPFB. Levantaram-se quatro possibilidades:

- (i) a extensão com que a ré se aproveitou dos privilégios da lei americana;
- (ii) a extensão da previsibilidade de ocorrência de um litígio nos Estados Unidos;
- (iii) a inconveniência para a ré em litigar nos Estados Unidos; e
- (iv) o interesse “compensatório” dos Estados Unidos em analisar o caso.

Outra vez, a análise aqui vai além da transação específica que dá forma à demanda. Concentrou-se o foco sobre a “presença suficiente” da YPFB nos EUA para fins de submissão à jurisdição geral. Quanto a esse ponto, os magistrados entenderam que a ré aproveitou-se regular e significativamente dos privilégios das leis bancárias e financeiras dos Estados Unidos, mantendo inúmeros contatos físicos no país através de viagens de empregados, desde o presidente da YPFB até os engenheiros responsáveis por poços de petróleo. O escritório da empresa em Houston, Texas, foi considerado inegavelmente uma presença permanente.

Entretanto, não restava inteiramente claro que as previsões escolhidas nas especificações e nos regulamentos constituíam parte do “contrato” sobre o qual a autora fundamentou a demanda. Além disso, embora tais previsões fossem relevantes ao questionamento de se a ré se aproveitou propositadamente das leis do foro, são apenas um fator a ser avaliado.

O exame da previsibilidade do litígio entre a autora e a YPFB era uma questão mais latente a ser perquirida. Os procedimentos de licitação de contratação seguidos no caso concreto constituíam procedimento padrão realizado pela estatal boliviana. Contrapondo-se aos procedimentos licitatórios, entretanto, restavam uma série de contratos e transações financeiras sistemáticas que a YPFB mantinha nos EUA. Por mais que a ré não pudera

antever a demanda contra ela, não se podia dizer, que, à luz da totalidade de seus contatos, nunca previra seu envolvimento em um litígio nos Estados Unidos.

Os magistrados entenderam, então, que os Estados Unidos possuíam “interesse forte” em analisar o processo, pois o FSIA representava um endosso legislativo explícito à política de fornecer acesso aos autores norte-americanos virtualmente prejudicados pelas ações comerciais de soberanias estrangeiras. O interesse da autora em obter “conveniente e eficaz reparação” não podia ser negado.

Em suma, caracterizou-se a presença substancial e continua da ré nos Estados Unidos, seja em operações para a obtenção de matérias-primas e serviços vitais a seu negócio, seja para o financiamento dos seus projetos e compras, mantendo um escritório e recursos financeiros permanentes, e enviando freqüentemente seus representantes aos EUA. Todo esse conjunto de circunstâncias indicava que a ré estava suficientemente presente nos Estados Unidos e, portanto, estaria sujeita à jurisdição pessoal da Corte, que “não ofende noções tradicionais do jogo justo e da justiça substantiva.”<sup>446</sup>

#### D Forum Non Conveniens

Faltaria saber se o processo deveria ser extinto sob a doutrina do foro não conveniente (*forum non conveniens*). A Suprema Corte flexibilizara o entendimento que as Cortes Distritais deveriam utilizar para a aplicação da doutrina do foro não conveniente, e conseqüentemente, não havia nenhuma circunstância específica que requereria a concessão ou a negação do pleito autoral.

A definição da questão no caso concreto, todavia, não se punha sem dificuldades – havia argumentos fortes de que ambos os foros potenciais seriam seriamente inconvenientes para uma ou para as duas partes. Ao se fazer as considerações e balanceamentos necessários, entretanto, o tribunal não se convenceu de que a extinção do processo se justificaria.

A cidadania americana e a residência da autora nos Estados Unidos foi um fator que pesa significativamente contra a extinção do processo com base na doutrina do *forum non conveniens*.

A ré insistiu na aplicação da lei boliviana ao caso concreto, mas restava claro que a aplicação da lei estrangeira (direito material) não é, em si, uma razão para se aplicar a doutrina do *forum non conveniens* (questão processual). A YPFB também arguiu a

---

<sup>446</sup> Com referência ao precedente *INTERNATIONAL SHOE*, 326 U.S. 316, 66 S.Ct. 158. [citando *MILLIKEN V. MEYER*, 311 U.S. 457, 463, 61 S.Ct. 339, 343, 85 L.Ed. 278 (1940)].

inexecutoriedade de qualquer decisão que fosse favorável à autora. A esse respeito, o tribunal entendeu que, embora a autora pudesse enfrentar alguma dificuldade em se satisfazer com o julgado, essa incerteza não se levanta em nível suficiente para determinar a extinção do processo.

A inconveniência e o prejuízo severo que a autora incorreria se fosse forçada a litigar na Bolívia não podiam ser negados ou desconsiderados. Os recursos financeiros comparativos das partes indicavam também que a ré estava em uma posição melhor para proteger seus interesses no foro do que a autora estaria na Bolívia.

### 3.3.8.3 Conclusão

O tribunal reconheceu sua jurisdição na matéria discutida na ação, e a jurisdição pessoal sobre a ré, sendo que a petição por ela aduzida para extinguir a ação pelo *forum non conveniens* foi negada. A ré, contudo, foi instada a responder, ou integrar-se à demanda de outra maneira, através de uma manifestação apropriada, conforme as regras de processo civil federais estadunidenses.

## 4 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL INSERIDO NA *LEX MERCATORIA* E NO DIREITO DO PETRÓLEO E GÁS

### 4.1 Como O Instituto Da Arbitragem Comercial Internacional “Alimenta” A *Lex Mercatoria*?

Como expusemos nos Capítulo 2, as decisões proferidas por tribunais arbitrais constituem fonte da *lex mercatoria*, inclusive através da formação de precedentes.<sup>447</sup> E, para que um contrato internacional preveja a possibilidade de solução de controvérsias pela via arbitral, é necessária a pactuação, seja no corpo, ou em instrumento contratual separado, da cláusula compromissória.

A principal vantagem de se lançar mão da arbitragem é que ela não tem conexão necessária com o direito estatal. As partes podem indicar uma lei nacional, mas se não o fizerem, os árbitros não são obrigados a escolher uma lei específica para a solução da desavença. Podem remeter-se, portanto, a todas as fontes reconhecidas da *lex mercatoria* a um só tempo, ou, inclusive, fazer uma espécie de “*dépeçage* de fontes”, ou seja, a aplicação particularizada de uma ou algumas delas, como os usos e costumes do comércio internacional, os princípios gerais do direito e as Convenções Internacionais que prevêm sua utilização, sem a necessidade de recurso a qualquer ordem estatal.<sup>448</sup>

Além desta vantagem, observa-se que as partes procuram mecanismos alternativos às jurisdições nacionais para a solução de suas controvérsias, em função de seus problemas antigos e amplamente conhecidos: morosidade, excesso de formalismos, indução à litigância e seu prolongamento, com inúmeras possibilidades recursais, publicidade dos processos judiciais; um Poder Judiciário não suficientemente aparelhado e especializado para enfrentar as demandas específicas dos agentes do comércio internacional; a tendência à aplicação do direito interno ou, no máximo, o recurso às regras de conexão do DIPr, em detrimento das inúmeras fontes de direito proporcionadas pela *lex mercatoria*; e, por fim, uma menor certeza

---

<sup>447</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 94.

<sup>448</sup> *Ibid.*, p. 14-15.

quanto ao procedimento de reconhecimento e execução de uma sentença estrangeira, pois vai depender do que dispuser as normas processuais do país requerido.<sup>449</sup>

Mas a razão principal é o conceito de “*price of time*”<sup>450</sup> (a célebre frase cunhada por Benjamin Franklin em 1748, “*Remember that time is money.*”),<sup>451</sup> que impacta também no custo da via escolhida<sup>452</sup> para a resolução do litígio. A via arbitral se propõe – e é o que se verifica na prática – muito mais expedita que a jurisdição estatal e, considerando-se o adágio “*time is money*”, também uma solução mais módica.<sup>453</sup>

Para ilustrar o exposto, apontamos que a Câmara de Comércio Internacional (CCI) fez publicar Relatório Estatístico, relativo ao ano de 2009, no qual informa que a quantidade de casos a ela submetidos, embora estáveis na faixa entre 500 e 600 no período 1999-2005, teve um crescimento de mais de 60% no período subsequente, quando chegou ao recorde de 817 novos casos a ela submetidos no ano passado. A quantidade de julgados também chegou ao recorde de 415 casos anualmente.<sup>454</sup> Há também uma quantidade razoável de opções quanto à escolha da instituição que patrocinará a arbitragem. Além da CCI, podemos citar outras com renome internacional: *A American Arbitration Association*; *a London Court of International Arbitration* e *o International Arbitration Institute*.

Outra manifestação da *lex mercatoria* que surgiu a partir da prática arbitral é a indicação de que os árbitros podem decidir na condição de “*amiable compositeurs*”, que é a faculdade de se afastarem do escopo de uma lei positiva, escolhida pelas partes ou aplicável

<sup>449</sup> Para darmos uma dimensão da universalidade do procedimento de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, basta mencionar o fato de que a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros (Nova York, 1958) foi ratificada por 145 países (incluindo o Brasil), que adotam o mesmo procedimento uniforme previsto na Convenção. A esse respeito, vide <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)> e TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 620-1.

<sup>450</sup> A esse respeito, assim lecionam Carmen Tiburcio e Suzana Medeiros: “A celeridade representa também um fator muito positivo, em razão dos altos investimentos envolvidos nesses contratos. Ainda que o procedimento arbitral não seja em alguns casos tão rápido como se esperava, ainda será muito mais célere do que se as partes recorressem ao Judiciário. A análise deve ser, pois, comparativa. A celeridade contribui, ainda para a diminuição dos custos. Assim, apesar de a arbitragem ser notoriamente conhecida por seus altos custos, em comparação com o que se gastaria em anos de litígio, a relação tempo *versus* custos ainda é positiva em favor da via arbitral.” TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 619.

<sup>451</sup> FRANKLIN, BENJAMIN; HALL, D. Advice to a young tradesman, written by an old one. In: The writings of Benjamin Franklin: Philadelphia, 1726-1757, Vol. II. 1748. Disponível em: <<http://www.historycarper.com/resources/twobf2/advice.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>452</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 37-8.

<sup>453</sup> WAELDE, Thomas W. Mediation/alternative dispute resolution in oil, gas and energy transactions: superior to arbitration/litigation from a commercial and management perspective. *Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Police Internet Journal*, Dundee, v. 13, n° 8, 2003. p. 1. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol13/article13-8.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>454</sup> Facts and Figures on ICC Arbitration - 2009 Statistical Report (February 2010). <<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=34704>>

na ausência de escolha, ou mesmo do escopo da interpretação geral do contrato, para lançar mão de todo o arcabouço jurídico-material do direito do comércio internacional,<sup>455</sup> exceto quando se tratar de violação à ordem pública ou a normas imperativas (*public policy*).<sup>456</sup>

Todavia, existe crítica doutrinária a respeito da possibilidade de “abusos” na utilização da prerrogativa de *amiable composition* pelos árbitros, no sentido de ignorar a lei escolhida pelas partes e decidir com base em princípios gerais.<sup>457</sup> Por isso, os recentes regulamentos de arbitragem institucional e *ad hoc*, bem como a Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, têm previsto a limitação do recurso à *amiable composition* à autorização expressa das partes. O mesmo se aplica à solução por equidade (*ex aequo et bono*).<sup>458</sup>

A doutrina defende que o sucesso da arbitragem, no seu aspecto dúplice (processual e material) é fruto do trabalho de interpretação dos árbitros. Uma interpretação que, especialmente na arbitragem institucional, nunca é feita isoladamente, mas sim com base em uma uniformidade decisória.<sup>459</sup> E essa uniformidade é proporcionada por um aspecto: o atendimento às necessidades específicas do comércio internacional, que precisa dessas soluções específicas e, preferencialmente, que são agasalhadas como fontes da *lex mercatoria*.

Não podemos defender, todavia, uma desvinculação absoluta e irrestrita da arbitragem com os direitos internos dos Estados, uma vez que regulam determinados aspectos anteriores ao implemento da relação contratual, mas que podem vir a ser colocados em dúvida quando do surgimento de uma controvérsia, ou invocados por uma das partes para evadir-se à consecução da parte que lhe cabe na obrigação. Um dos exemplos é a regulação da capacidade de fato das partes para a realização de atos jurídicos.<sup>460</sup> No que diz respeito à

<sup>455</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 414.

<sup>456</sup> CARBONNEAU, Thomas E. A definition of and perspective upon the *lex mercatoria* debate. In: CARBONNEAU, Thomas E. (Ed.). *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*. Yonkers: Juris Publishing; Cambridge: Kluwer Law International, 1998. p. 11-21. Transnational juris publications. p. 21.

<sup>457</sup> LOWENFELD, AF. *Lex mercatoria: an arbitrator's view*. In: CARBONNEAU, Thomas E. (Ed.). *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*. Yonkers: Juris Publishing; Cambridge: Kluwer Law International, 1998. p. 11-21. Transnational juris publications. p. 87.

<sup>458</sup> Vide capítulo 1, item 1.2.14.

<sup>459</sup> CARBONNEAU, Thomas E. A definition of and perspective upon the *lex mercatoria* debate. In: CARBONNEAU, Thomas E. (Ed.). *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*. Yonkers: Juris Publishing; Cambridge: Kluwer Law International, 1998. p. 11-21. Transnational juris publications. p. 20-21. O autor assim pontua, a respeito da supervisão da instituição onde a arbitragem é realizada: « For instance, it could be argued that the jurisdictional authority of the arbitral tribunal under such an agreement [institutional arbitration clause] arises, simultaneously from the given terms of reference and the institution which supervises the arbitration as well as the context in which the arbitration takes place. »

<sup>460</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 76-7.

arbitragem, a solução dada pelas principais Convenções Internacionais<sup>461</sup> para o *pactum de compromitendo* é a de remeter ao DIPr definidor do estatuto pessoal.

#### 4.1.1 Autonomia da Vontade e Arbitragem Comercial Internacional

No Capítulo 1, tratamos do princípio da autonomia da vontade de uma maneira ampla: sua inserção no DIPr, na *lex mercatoria* e no Direito Convencional. Agora, veremos sua convivência com o instituto da arbitragem internacional.

Quando tratamos de arbitragem, a autonomia da vontade possui um aspecto bifronte, incidente em um momento único, o da pactuação da cláusula arbitral.<sup>462</sup> O primeiro deles é a liberdade que as partes têm para estipular a cláusula compromissória em seus contratos ou em apartado. Esta formulação parece de uma singeleza, se desconsiderada toda a controvérsia doutrinária e jurisprudencial existente no Brasil a respeito de sua pactuação,<sup>463</sup> e que só foi sepultada com a declaração de constitucionalidade da Lei n° 9.307/96 (Lei de Arbitragem), ocorrida cinco anos depois de sua promulgação.<sup>464</sup> A outra face da autonomia é a definição da lei aplicável ao procedimento e à solução do mérito do litígio pela via arbitral.

---

<sup>461</sup> Esta solução é dada pela Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros (Nova York, 1958), artigo V, alínea 1, item "a" e na Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961), artigo VI, alínea 2.

<sup>462</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97.

<sup>463</sup> *Ibid.*, p. 19-69. Capítulos 2 e 3.

<sup>464</sup> Vide AgRg na SE n° 5.206-7/EP em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23. 9. 96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação; Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5°,

Quando estudamos o princípio da autonomia da vontade, vimos que o conceito de autonomia universal entende que o único limite a ela seria a ordem pública internacional do foro, e que as cláusulas do contrato, segundo esta teoria, comporiam um micro-sistema jurídico, autorregulável pelo conjunto de disposições contratuais, que estabeleceriam direitos e obrigações particularmente conectados a um conjunto normativo, independentemente de estipulação.

Porém, o DIPr positivado e uniformizado parece não acolher esta teoria. Como vimos ao analisar o artigo 7º, alínea 1 da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961), as partes têm autonomia para escolher a lei que os árbitros deverão aplicar no julgamento da controvérsia e, na ausência de estipulação, eles devem aplicar a lei designada pela regra de conflitos, ainda que possa ser cotejada com as disposições do contrato e os usos do comércio internacional. A mesma solução é prevista no artigo 35, alínea 3, do Regulamento de Arbitragem *ad hoc* da UNCITRAL (1976, 2010). A Lei-Modelo de Arbitragem da UNCITRAL (1985, 2006), em seu artigo 28, alínea 1, *in fine*, todavia, traz um dispositivo diferente, tendente a coibir o reenvio, quando estipula que qualquer referência ao direito estatal deva ocorrer diretamente ao seu direito substantivo, e não à norma de conflito.

Ainda que a autonomia da vontade não tenha esta conotação de universalidade, a ponto de permitir uma autorregulação do contrato nos casos de ausência de estipulação, avançou-se no sentido de considerar a autonomia da vontade plena quando há estipulação pelas partes. No Brasil é permitido, inclusive, que em arbitragens domésticas (não apenas porque realizadas no Brasil, mas envolvendo contratos cuja execução do objeto se dá no Brasil, e as partes são de nacionalidade brasileira e com domicílio no Brasil), sejam estipuladas quaisquer regras de direito (e a lei estrangeira, aqui, é apenas uma opção) a regular o mérito do litígio, desde que respeitados os bons costumes e a ordem pública. Uma remissão às fontes da *lex mercatoria*, portanto, é perfeitamente cabível, nos termos do artigo 2º, § 2º da

---

XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - ai por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). AgRg na SE nº 5.206-7. Agravante: M B V Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comercio Ltda. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, acórdão de 12 de dezembro de 2001. D.J. 30 abr. 2004.



Lei de Arbitragem.<sup>465</sup> A autonomia também se estende às regras aplicáveis à escolha do procedimento arbitral, conforme dispõe o artigo 21<sup>466</sup> da Lei, sendo possível escolher o tipo de arbitragem (ou patrocínio), se será promovida por uma instituição (e, automaticamente, estarão escolhidas as regras do procedimento por ela adotados), ou se será *ad hoc* (com árbitros escolhidos após o surgimento da controvérsia), bem como as normas processuais de regência desta arbitragem.

Ainda assim, não fica afastada a aplicação do instituto da fraude à lei e a limitação da ordem pública, ou seja: a escolha da lei aplicável deve passar pelo crivo de algum critério objetivo de controle.<sup>467</sup> Dentre esses critérios, a ligação geográfica pode ser substituída por uma ligação material, ou seja: pode-se escolher a lei de um país que tradicionalmente regula os contratos relativos a um tipo específico de mercado. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio exemplificam com um contrato de construção de navio entre empresa brasileira e holandesa, com celebração e execução no Brasil, e a escolha da lei inglesa. Tal escolha se justificaria por que:

o direito inglês tem longa tradição em questões de direito marítimo. Ademais, como as arbitragens internacionais tendem a ser consideradas como desvinculadas de qualquer consideração geográfica, a questão sub judice passa a ter grande importância. Assim, nessa hipótese, a aplicação do direito inglês deve ser aceita sem maiores problemas.<sup>468</sup>

## 4.2 Considerações Gerais Sobre Arbitragem Envolvendo O Estado

---

<sup>465</sup> **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 – Dispõe sobre a arbitragem.**

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. (grifos nossos)

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97. e TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. *Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 619-20.

<sup>466</sup> **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 – Dispõe sobre a arbitragem.**

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

(...)

<sup>467</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 98.

<sup>468</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97.

Quando tratamos de arbitragem envolvendo o Estado, a complexidade temática aumenta,<sup>469</sup> na medida em que uma das partes possui determinados privilégios – como vimos em relação à imunidade de jurisdição. Todavia, esses privilégios vêm sendo relativizados, uma vez que o Estado vem realizando atividades como se particular fosse, o que não legitimaria sua manutenção.

A questão é colocada sob a capacidade de as partes poderem firmar a convenção arbitral, o que é denominado arbitrabilidade. A arbitrabilidade divide-se em objetiva, quando define quais são as matérias sujeitas à jurisdição arbitral, e subjetiva (ou em razão da pessoa), quando estabelece quem são os sujeitos que podem se submeter à arbitragem. Como já vimos, essa questão coloca-se em relação ao Estado, seus entes políticos e entidades descentralizadas em relação à imunidade de jurisdição, que prevaleceria quanto aos atos de império, e seria flexibilizada quanto aos atos de gestão, em função do seu ordenamento jurídico interno, que pode autorizar ou proibir que pactuem convenção arbitral sobre determinadas matérias.<sup>470</sup>

Os primeiros casos de arbitragem internacional envolvendo o Estado deram-se no campo das concessões petrolíferas no Oriente Médio. Nesses contratos, havia previsão expressa de submissão à arbitragem no caso de surgimento de controvérsias entre as empresas petrolíferas e o Estado hospedeiro. A cláusula arbitral era vista como uma garantia essencial ao ingresso e investimento dessas empresas nesses países, haja vista que a submissão aos tribunais locais seria impensável, mediante o desconhecimento da complexidade da legislação processual e a existência de um sistema de direito da tradição religiosa islâmica, completamente diferente dos sistemas ocidentais.<sup>471</sup>

Por não recorrer a nenhum direito estatal específico, tais contratos geralmente previam a aplicação da *lex mercatoria*, consubstanciada principalmente nos princípios gerais de direito, usos e costumes do comércio internacional e nos princípios especificamente hauridos da jurisprudência arbitral.

---

<sup>469</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 389.

<sup>470</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 389.

<sup>471</sup> TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 619-20.

#### 4.2.1 Ligação entre Arbitragem Comercial Internacional e o Princípio da Imunidade de Jurisdição

Existe questionamento na doutrina do DIPr se e em que medida o princípio da imunidade de jurisdição pode ser invocado perante a arbitragem. Antes disso, é necessário definir a natureza jurídica da arbitragem: se ela é de natureza consensual (contratual) ou jurisdicional.<sup>472</sup> Sendo a arbitragem considerada de natureza jurisdicional, ao lado da jurisdição estatal, após a instauração do procedimento, os princípios aplicáveis a essa poderiam, em tese, ser transpostos àquela, dentre eles o da imunidade de jurisdição. Admitindo sua aplicabilidade, surge outra questão: se o Estado, tendo tal benefício, por norma consuetudinária do DIP, poderia dela abrir mão por meio de renúncia?<sup>473</sup>

Embora essa controvérsia possa ser transposta para a arbitragem no plano teórico, não tem ganhado ressonância. A participação do Estado como agente do comércio internacional, em atividades de natureza eminentemente privadas (*acta jure gestionis*), tem afastado a legitimidade de qualquer invocação do privilégio, ainda mais se, no âmbito de uma relação contratual, o Estado tenha firmado cláusula compromissória concordando com sua submissão à jurisdição arbitral.<sup>474</sup> Não haveria a necessidade de se pactuar uma cláusula específica de renúncia à imunidade, pois ela é decorrência da aceitação da via arbitral.<sup>475</sup> Dar-se-ia, neste caso a incidência do princípio *nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, a vedação ao comportamento contraditório: o Estado não poderia simplesmente se desobrigar de uma relação que estabeleceu com o particular, que a aceitou de boa-fé e, depois, descumpri-la, alegando privilégios.

---

<sup>472</sup> José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista defendem a natureza mista ou de “ato complexo” (aqui usamos a expressão de Giuseppe Chiovenda) para a arbitragem, uma vez que seu começo se dá contratualmente, e, quando da instauração do processo arbitral, ocorre uma transmutação da natureza jurídica do instituto que, ao culminar na proferição do laudo arbitral, resta caracterizada sua natureza jurisdicional. “As duas posições, contudo, são extremadas e podem ser conciliadas. A arbitragem possui base contratual, que é o compromisso, de característica estritamente consensual e que estabelece as diretrizes do juízo arbitral que instituiu. Mas o laudo arbitral não só é ato integrativo do compromisso, nele tem seu fundamento e seus limites, mas seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes. Assim, as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios”. MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1986, p. 21 e WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade pelo árbitro: análise da Portaria ANP n° 234/2003. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 301-336. p. 318.

<sup>473</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 389.

<sup>474</sup> TIBURCIO, Carmen. *The development of lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado. p. 90.

<sup>475</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 409.

Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, todavia, fazem distinção entre arbitragens de Direito Internacional Público (nas quais o Estado tenha previamente aderido a um tratado internacional que o autoriza a se engajar em arbitragens, quanto ao objeto estipulado no tratado, como por exemplo as arbitragens realizadas no âmbito do *International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*)<sup>476</sup> e a de DIPr, configuradas a partir de pactuação contratual e da adesão ao procedimento e às regras de uma instituição arbitral. À luz das arbitrabilidades objetiva e subjetiva conjugadas (ou seja, se, em razão da matéria, o Estado não poderia ter firmado cláusula compromissória), tal pactuação poderia ser considerada inválida.<sup>477</sup> Por isso, volta-se à categorização das atividades de Estado em atos de império e atos de gestão: para os primeiros, a renúncia não seria admitida, como regra; para os segundos, ela é de fácil aceitação, ainda que tácita, pela via contratual.<sup>478</sup>

De fato, não existe uma preocupação dos tribunais arbitrais em analisar a arbitrabilidade subjetiva do Estado em face da arbitrabilidade objetiva. Geralmente, os árbitros decidem sua própria competência (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*)<sup>479</sup> ou competência para decidir sobre a própria competência, prevista nos artigos 8º, parágrafo único e 20 da Lei nº 9.307/96), antes mesmo de haver o questionamento da validade da cláusula compromissória. Portanto, o princípio da imunidade de jurisdição acaba sendo superado, com base nos princípios gerais do direito, absorvidos pela *lex mercatoria*, como a *pacta sunt servanda*, boa-fé<sup>480</sup> e equidade (*ex aequo et bono*).

Porém, em outro trabalho, Carmen Tiburcio, em co-autoria com Suzana Medeiros, conclui categoricamente a respeito da inaplicabilidade da invocação do princípio da imunidade de jurisdição na seara arbitral, com apoio em Georges Delaume e Riccardo Luzzato: “no juízo arbitral, mais facilmente afasta-se a questão da imunidade de jurisdição do Estado hospedeiro, pois a doutrina majoritária entende que esse princípio não se aplica com

---

<sup>476</sup> A respeito das arbitragens ICSID, vide MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem internacional investidor-Estado: um caminho inevitável para o Brasil? In: Lima-Campos, Aluísio de (Org.). *Ensaio em comércio internacional*. São Paulo: Editora Singular, 2006. V. 2. p. 173-214.

<sup>477</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 411.

<sup>478</sup> Nesse sentido, define o artigo 1º da Lei de Arbitragem:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>479</sup> A respeito desse princípio e sua relativização pelo *Bundesgerichtshof* alemão, vide TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 291-305.

<sup>480</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 411.

relação à arbitragem, mas somente quando o Estado submete-se à jurisdição de outro Estado soberano.”<sup>481</sup>

#### 4.2.2 Arbitragem E Direito Do Petróleo E Gás

Um dos primeiros casos envolvendo arbitragem e o direito do petróleo e gás é o caso *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company* (NIOC),<sup>482</sup> instaurado em 28 de setembro de 1960 e decidido por árbitro único, o juiz federal suíço Pierre Cavin, em 15 de março de 1963. Em 1958, foi assinado contrato entre a *Sapphire Petroleum Limited*, uma empresa canadense, e a NIOC para a expansão da exploração e produção de petróleo e gás natural no Irã, através da criação de outra empresa no sistema de *joint-venture*, a IRCAN – *Iranian Canada Oil Company*.

No centro da controvérsia, estava a alegação da empresa *Sapphire* de que a IRCAN não reembolsou as despesas de exploração efetuadas por ela, através de sua afiliada *Sapphire International*, como previa o contrato; e a NIOC alegou que não reembolsou a afiliada da *Sapphire* porque não foi consultada sobre o início das atividades na área de concessão. Desta forma, a empresa teria efetuado as demais atividades previstas (perfuração de poços) e a NIOC lançou mão da *exceptio non adimpleti contractus*: resolveu o contrato de *joint-venture* por descumprimento de obrigação contratual.

A controvérsia foi resolvida em favor da *Sapphire* com base nos princípios gerais de direito das “nações civilizadas”, haja vista que não havia cláusula específica de definição de lei aplicável: optou-se por uma via entre a equidade ou *amiable composition* e as normas de direito positivo de um determinado Estado. O critério “nações civilizadas” excluiu a aplicação de princípios gerais constantes do sistema de direito islâmico, limitando-se a análise aos princípios construídos no *Common* ou no *Civil Law*.

Quando há uma efetiva negociação contratual, as partes têm autonomia para a escolha da lei aplicável ao contrato, através da consagração da autonomia da vontade<sup>483</sup> e, na ausência

---

<sup>481</sup> As autoras citam as seguintes obras: Georges Delaume, *State contracts and transnational arbitration*, *American Journal of International Law* 786, 1981; e R. Luzzato, *International commercial arbitration and the municipal law of states*, *Recueil des Cours*, 157/93. TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. *Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 618.

<sup>482</sup>Vide *International Law Reports*, v. 35, p. 136, 1963.

<sup>483</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 441.

de estipulação, os árbitros assumem a competência para defini-la, porém adstritos à vontade implícita extraída do corpo de cláusulas contratuais. A análise deste caso permite-nos depreender que a arbitragem constitui uma via mais neutra de solução de controvérsias na indústria do petróleo, haja vista a disparidade de interesses entre Estado e a empresa concessionária, uma vez que o mecanismo permite desassociar o vínculo de parcialidade que existe nos casos de escolha de uma jurisdição estatal, seja a do país hospedeiro, seja a da empresa internacional, ou uma terceira jurisdição, evitando-se a alegação do princípio da soberania para o descumprimento da decisão por parte do Estado-réu.

#### 4.2.3 A Natureza Jurídica Dos Contratos Com O Estado Na Indústria Do Petróleo

Como dissemos em linhas anteriores, a negociação é elemento fundamental para o exercício da autonomia da vontade das partes em uma relação contratual e, por consequência, da definição da natureza jurídica do contrato de concessão celebrado entre o Estado e partes privadas.

Em relação aos contratos de concessão em geral, pode-se dizer que existem duas correntes principais a respeito: se o contrato de concessão é de natureza internacional<sup>484</sup> ou de direito interno. Quando há plena liberdade de estipulação e generalidade na redação das cláusulas, pode-se entender que é um contrato internacional. Quando há a incidência de normas de direito público interno, conferindo ao Estado determinadas prerrogativas com base no instituto “fato do príncipe”<sup>485</sup> ou nas “cláusulas exorbitantes”,<sup>486</sup> tende-se a considerar que

<sup>484</sup> Além da adoção da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, estudada neste capítulo, o contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural da Décima Rodada de Licitações da ANP prevê o conceito de “melhores práticas da indústria do petróleo”, previsto nas “Definições Contratuais”, item 1.2.26, como veremos no capítulo 5. Esse é um excelente exemplo da intenção do Estado em ver que todas as atividades desempenhadas pelas empresas no âmbito da concessão sejam realizadas conforme tais práticas empregadas internacionalmente. Para um estudo mais aprofundado sobre os aspectos internacionais dos contratos entre Estados e empresas estrangeiras, vide MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Contratos entre Estados e empresas estrangeiras*. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Oscar Tenório. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1977. p.175-87.

<sup>485</sup> Fato do príncipe é definido como “toda determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 207. Exemplo de previsão do tipo “fato do príncipe” no contrato de concessão brasileiro:

**CONTRATO DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL - ANP**

**Cláusula Décima - Primeira – Medição, Entrega e Disponibilidade da Produção**

(...)

a natureza contratual é de Direito Administrativo. O contrato será de natureza híbrida quando, apesar de atribuir poderes específicos e inderrogáveis ao Estado hospedeiro, por força do seu direito interno, contém cláusulas consagradas nos contratos internacionais, como, por exemplo, a que prevê a arbitragem internacional como mecanismo de solução de controvérsias.

No Brasil, verifica-se que a doutrina não cogita de sua internacionalidade, discutindo apenas a sua natureza jurídica enquanto contrato de direito interno. Alguns autores defendem a natureza privada,<sup>487</sup> enquanto outros defendem o caráter de contrato administrativo.<sup>488</sup>

O autor A. Maniruzzaman, ao discorrer sobre o que denomina “nova geração de contratos para o desenvolvimento de recursos naturais e energéticos”, afirma que tais acordos

#### **Abastecimento do Mercado Nacional**

11.5 Se, em caso de emergência nacional, que possa colocar em risco o fornecimento de petróleo ou gás natural no território nacional declarada pelo Presidente da República ou pelo Congresso Nacional, houver necessidade de limitar exportações de Petróleo ou Gás Natural, a ANP poderá, mediante notificação por escrito com antecedência de 30 (trinta) dias, determinar que o Concessionário atenda, com Petróleo e Gás Natural por ele produzidos e recebidos nos termos deste Contrato, às necessidades do mercado interno ou de composição dos estoques estratégicos do País. A participação do Concessionário será feita, em cada mês, na proporção de sua participação na Produção nacional de Petróleo e Gás Natural do mês anterior.

<sup>486</sup> Cláusulas Exorbitantes são “as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou princípios que regem a atividade administrativa, porque visa estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 195. Exemplo de previsão do tipo “cláusula exorbitante” no contrato de concessão brasileiro: **CONTRATO DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL - ANP**

#### **Cláusula Décima - Quarta - Controle das Operações e Assistência pela ANP**

(...)

#### **Exoneração de responsabilidade da ANP**

14.7 Em hipótese alguma a ANP assumirá qualquer responsabilidade pela execução ou não da atividade para a qual sua assistência tiver sido solicitada nos termos do parágrafo 14.6, responsabilidade essa que continuará integralmente com o Concessionário, por sua conta e risco.

<sup>487</sup> Nesse sentido, vide MUKAI, Toshio. Agência Nacional do Petróleo – contrato de concessão: comentários e sugestões. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 25, 1999. p. 82-93; TOLEDO, Gastão Alves de. Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional do Petróleo – ANP. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: RT, v. 28, p. 180-207, 1999. p. 187 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228abr./jul. 2002. p. 243-272.

<sup>488</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 555. Para um extenso arrazoado sobre a natureza de direito público dos contratos com o Estado na indústria petrolífera, vide MANIRUZZAMAN, A. F. M. The new generation of energy and natural resource development agreements: some reflections. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 11, issue 4, 1993. p. 207-47. p. 236. O autor afirma que as leis e regulamentos que determinam os aspectos de direito público desses contratos constituem o regime jurídico do contrato como um todo, e cita os seguintes aspectos que revestem estes contratos de publicidade, em diferentes ordenamentos jurídicos, dentre outros: (i) a outirga de concessão através de procedimento competitivo (como a licitação); (ii) a garantia de poderes especiais, faculdades ou privilégios ao concessionário; e (iii) a aprovação do contrato pelo legislativo. Porém, quando há um espaço para a efetiva negociação das cláusulas, especialmente em relação aos aspectos econômico-financeiros e relativas à lei aplicável e ao mecanismo de solução de controvérsias, teriam natureza contratual e, portanto, privada.

possuem natureza de direito público, porque, ao se pesquisar, através do direito comparado, os sistemas do *Civil* e do *Common Law*, as normas que regem os contratos entre partes privadas e o Estado são relativamente semelhantes entre si, mas não são as mesmas que estes sistemas dedicam para a regulação dos contratos estritamente privados. O autor cita as conclusões exaradas pelo tribunal em uma arbitragem ICSID envolvendo a empresa Amco Asia e o governo da Indonésia:

“However, it (the relationship established between Amco Asia and Indonesia) is not *identical* to a private law contract, due to the fact that the State is entitled to withdraw the approval it granted for reasons which could not be invoked by a private contracting entity, and/or to decide and implement the withdrawal by utilising procedures which are different from those which can and have to be utilised by a private entity.” (original emphasis).<sup>489</sup>

O acima exposto não impede que tais contratos possam estar sujeitos à aplicação tópica dos princípios de direito privado, até porque também é verdadeiro que, em muitos ordenamentos jurídicos, existe uma “teoria geral dos contratos” à qual a generalidade dos contratos se subsumem, inclusive os contratos com o Estado, e as normas do Direito Administrativo constituem uma espécie de *lex specialis*, que se aplica quanto a determinados aspectos relativos à *public policy* estatal;<sup>490</sup> em outros ordenamentos, ocorre justamente o contrário: os contratos com o Estado são regidos pelo Direito Administrativo, que se socorrerá à teoria geral dos contratos na integração de eventuais lacunas.

A favor da natureza jurídica de direito público prevalente sobre a de direito privado nos contratos com o Estado, tendo por objeto os recursos naturais, especialmente o petróleo e gás, defende-se a chamada “indisponibilidade do interesse público”,<sup>491</sup> uma vez que tais

---

<sup>489</sup> Caso *B. AMCO v. Republic of Indonesia*. Laudo arbitral de 21 de novembro de 1984, publicado no *International Legal Materials*, v. 24, 1985, p. 1022 et seq. p. 1029. O autor informa que o laudo foi anulado posteriormente por um comitê *ad hoc* em função de erro material no cálculo do investimento feito pela Amco, e não em relação ao aspecto em tela. *International Legal Materials*, v. 25, 1986, p. 1439 et seq. *apud* MANIRUZZAMAN, A. F. M. The new generation of energy and natural resource development agreements: some reflections. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 11, issue 4, 1993. p. 207-47. p. 240.

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 240-1.

<sup>491</sup> Para a doutrina estrangeira, aqui representada por A. Maniruzzaman, as consequências que decorrem da natureza de direito público dos acordos celebrados com o Estado para exploração de recursos naturais e energia é que o Estado poderia, unilateralmente, alterar, modificar e terminá-los, invocando o “interesse público”. Contudo, o exercício desse poder unilateral por parte do Estado está sujeita a determinados requisitos que, segundo o autor, são invariavelmente comum a maioria dos sistemas jurídicos, como o condicionamento ao princípio da não discriminação e ao pagamento de indenização ou compensação adequada nos casos de expropriação. Veremos este tema quando tratarmos da ponderação da *lex petrolea* com o DIP, no capítulo 5, *infra*. MANIRUZZAMAN, A. F. M. The new generation of energy and natural resource development agreements: some reflections. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 11, issue 4, 1993. p. 207-47. p. 247.



recursos seriam bens de uso especial<sup>492</sup> apropriados pela parte privada através do desempenho das atividades<sup>493</sup> de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização, em troca de

---

<sup>492</sup> Assim defendem Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem o contrato de exploração e produção de petróleo e gás é um contrato de concessão atípico, chamado de contrato de concessão de uso de bens públicos, de acordo com os artigos 20 e 176 da Constituição. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 555 e Alexandre de Moraes, em seu artigo “Regime jurídico da concessão para exploração de petróleo e gás natural”, ao afirmar: “Dentro dessa clássica classificação [dos bens públicos como de uso comum do povo, de uso especial e dominicais, parece-nos que as jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos são bens públicos de uso especial, uma vez que têm uma destinação pública definida constitucionalmente, qual seja, a exploração e aproveitamento de seus potenciais; bem como, sob o seu aspecto jurídico, esses bens públicos são do domínio público do Estado. Assim, não se deve perder de vista que, mesmo a partir da EC nº 9/95, a União permaneceu com a titularidade do domínio sobre os recursos minerais, inclusive em relação ao petróleo e gás natural, conforme já analisado no artigo 20, IX, da CF; porém, a nova redação do parágrafo primeiro do artigo 177 passou a permitir à União uma opção, qual seja, a possibilidade de escolher entre a manutenção do sistema de pesquisa e lavra atual ou a adoção de um novo sistema, com a conseqüente contratação de empresas estatais ou privadas, nos termos da lei.” MORAES, Alexandre de. Regime jurídico da concessão para exploração de petróleo e gás natural. *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 148, p. 219-229, out./dez. 2000. p. 220. Todavia, no julgamento da ADI nº 3.273-9 – DF, D.J. 02.03.2007, os ministros do STF, enfrentando a questão, dividiram-se. O grande debate se deu entre a posição do Ministro Marco Aurélio, que entendeu ser o petróleo bem público de uso especial, e a do ministro Eros Grau, que lança pesada crítica sobre este entendimento, entendendo que o petróleo é bem dominical, e privilegia a distinção entre propriedade do bem e o modo de exercício da atividade [em que o monopólio é uma forma de exercício]. Vejamos os trechos dos votos.

**Ministro Marco Aurélio:** “A possibilidade de se empregar um bem público estratégico para fins de exploração econômica, obtendo vultosos lucros, enquadra-se na modalidade de uso especial. Eis a razão por que deverá haver um contrato, por meio do qual a Administração Pública manifestará expressa concordância com a exploração econômica do bem público por terceiros, para atender também a fins particulares, tendo ainda de ser precedido de licitação, em obediência à moralidade e à impessoalidade que devem pautar as atividades do Governo. Assim, conclui-se que o petróleo é um bem público especial, a ser explorado pela União diretamente - caso de uso comum - ou por empresas particulares - hipótese de uso especial.”

**Ministro Eros Grau:** “O tratamento da matéria reclama, além da prudência de sempre, a consideração de conceitos indispensáveis a sua compreensão e a prévia superação de alguns equívocos. Primeiro desses equívocos: o petróleo seria bem público especial [não dominial], de uso comum da União e de uso especial por empresas particulares. É surpreendente que um mesmo bem público especial possa ser, concomitantemente, bem de uso comum da União e bem de uso especial por empresas particulares... Além disso, se fosse bem de uso especial, o petróleo, como todos os bens de uso comum e de uso especial seria inalienável enquanto conservasse essa qualificação, isto é, enquanto afetado a sua destinação; apenas poderia ser alienado ao ser desafetado. Como o que o caracterizaria como de uso especial seria a proteção do interesse coletivo e a soberania nacional, a sua desafetação implicaria precisamente que ele já não se prestasse a prover - essa proteção. . . A concepção do petróleo como bem de uso especial conduz a conclusão lógica, porém literalmente incompreensível, de que o petróleo é inalienável! Nada mais é necessário dizer neste apartado.” (grifos do original)

Por fim, o STF, por maioria, optou pela posição do Ministro Eros Grau, ao considerar, em sua **EMENTA**, o seguinte:

“1. O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões “monopólio da propriedade” ou “monopólio do bem”.

(...)

3. A Constituição do Brasil enumera as atividades que consubstanciam monopólio da União [ art. 177] e os bens que são de sua exclusiva propriedade [art. 20].

4. **A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica [enquanto atividade empresarial] prescinde da propriedade dos bens de produção.**

5. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos distintos regimes aplicáveis a cada um deles.

6. **A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio** [art. 177 da CB/88].

7. **A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.**

8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.

9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração.

10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas.

(...)

12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o §1º não podem ser chamadas de "concessionárias". Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil.

(...)

17. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político.

(...)

**DECISÃO:** Prosseguindo no julgamento, o **Tribunal, por maioria, julgou inteiramente improcedente a ação, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto (Relator), Marco Aurélio e Joaquim Barbosa** que, na forma de seus votos, julgavam procedente, em parte, a ação. (grifos nossos)

<sup>493</sup> No julgamento da *ADI nº 3.273-9 – DF, D.J. 02.03.2007*, os ministros do STF, enfrentando a questão, dividiram-se. O grande debate se deu entre a posição do Ministro Marco Aurélio, que entendeu ser o petróleo bem público de uso especial, e a do ministro Eros Grau, que lança pesada crítica sobre este entendimento, entendendo que o petróleo é bem dominical, e privilegia a distinção entre propriedade do bem e o modo de exercício da atividade. Vejamos os trechos dos votos.

**Ministro Marco Aurélio:** “A possibilidade de se empregar um bem público estratégico para fins de exploração econômica, obtendo vultosos lucros, enquadra-se na modalidade de uso especial. Eis a razão por que deverá haver um contrato, por meio do qual a Administração Pública manifestará expressa concordância com a exploração econômica do bem público por terceiros, para atender também a fins particulares, tendo ainda de ser precedido de licitação, em obediência à moralidade e à impessoalidade que devem pautar as atividades do Governo. Assim, conclui-se que o petróleo é um bem público especial, a ser explorado pela União diretamente - caso de uso comum - ou por empresas particulares - hipótese de uso especial.”

**Ministro Eros Grau:** “O tratamento da matéria reclama, além da prudência de sempre, a consideração de conceitos indispensáveis a sua compreensão e a prévia superação de alguns equívocos. Primeiro desses equívocos: o petróleo seria bem público especial [não dominial], de uso comum da União e de uso especial por empresas particulares. É surpreendente que um mesmo bem público especial possa ser, concomitantemente, bem de uso comum da União e bem de uso especial por empresas particulares... Além disso, se fosse bem de uso especial, o petróleo, como todos os bens de uso comum e de uso especial seria inalienável enquanto conservasse essa qualificação, isto é, enquanto afetado a sua destinação; apenas poderia ser alienado ao ser desafetado. Como o que o caracterizaria como de uso especial seria a proteção do interesse coletivo e a soberania nacional, a sua desafetação implicaria precisamente que ele já não se prestasse a prover essa proteção... A concepção do petróleo como bem de uso especial conduz a conclusão lógica, porém literalmente incompreensível, de que o petróleo é inalienável! Nada mais é necessário dizer neste apartado.” (grifos do original)

Por fim, o STF, por maioria, optou pela posição do Ministro Eros Grau, ao considerar, em sua **EMENTA**, o seguinte:

“1. O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões "monopólio da propriedade" ou "monopólio do bem".

(...)

3. A Constituição do Brasil enumera as atividades que consubstanciam monopólio da União [art. 177] e os bens que são de sua exclusiva propriedade [art. 20].

4. **A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela**

retorno ao Estado (leia-se povo, ou coletividade) de participações no resultado econômico da atividade.

Além destas correntes, existe outra que considera o contrato de concessão como “contrato de adesão”, uma vez que sua minuta é prevista em edital de licitação e não é dado à parte privada negociar suas cláusulas, mas apenas a ela aderir.<sup>494</sup> E, por ser um contrato de adesão, a regulação jurídica mudaria de órbita, no sentido de garantir uma proteção especial à parte aderente, por exemplo, quando da celebração da cláusula compromissória, nos termos do artigo 4º, parágrafo 2º<sup>495</sup> da Lei de Arbitragem.

**atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica [enquanto atividade empresarial] prescinde da propriedade dos bens de produção.**

5. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos distintos regimes aplicáveis a cada um deles.

6. **A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio** [art. 177 da CB/88].

7. **A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.**

8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.

9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração.

10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas.

(...)

12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o §1º não podem ser chamadas de “concessionárias”. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil.

(...)

17. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político.

(...)

**DECISÃO:** Prosseguindo no julgamento, o **Tribunal, por maioria, julgou inteiramente improcedente a ação, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto (Relator), Marco Aurélio e Joaquim Barbosa** que, na forma de seus votos, julgavam procedente, em parte, a ação. (grifos nossos)

<sup>494</sup> O autor fala em “contrato de adesão em sentido amplo”. Porém, mais à frente, faz aderir o contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no Brasil às disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei no 8.078/90), dizendo caberem “perfeitamente na espécie”. BUCHEB, José Alberto. *A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 37-40.

<sup>495</sup> **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.** Dispõe sobre a arbitragem.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

(...)

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Apesar de concordarmos que o contrato de concessão é um contrato de adesão *lato sensu*, na medida em que as empresas que o assinam não podem discutir suas cláusulas após o lançamento do edital de licitações, temos de anuir com a conclusão de Carmen Tiburcio e Suzana Medeiros sobre a inexistência de uma relação de hipossuficiência, aplicável especificamente às relações de consumo (como uma presunção *iuris et de iure*<sup>496</sup> em favor do consumidor). Isso em função de:

- (i) as empresas integrantes da indústria do petróleo (especialmente o *upstream*) constituírem um mercado organizado;<sup>497</sup>
- (ii) a parte privada ter de entender, previamente, que o contrato de concessão envolve risco, por força do artigo 26<sup>498</sup> da Lei do Petróleo;
- (iii) o mecanismo adotado pelo ente regulador para a contratação – o processo licitatório – observa os princípios definidos no artigo 40<sup>499</sup> da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) e no Direito Administrativo: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade no tratamento entre o poder concedente e o licitante, materializado no procedimento de audiências públicas, a cada Rodada de Licitação, para discutir os termos do edital e do

<sup>496</sup> De direito e por direito. É a presunção que se estabelece por força de lei e para a qual não se admite prova em contrário.

**LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

### **CAPÍTULO III – Dos Direitos Básicos do Consumidor**

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele *hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*; (grifos nossos)

<sup>497</sup> Como exemplo, citamos: IBP – Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis; ABPIP – Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Petróleo e Gás e APPOM – Associação das Empresas Produtoras de Petróleo e Gás Natural Extraídos de Campos Marginais do Brasil.

<sup>498</sup> **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

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.

(...)

<sup>499</sup> **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

### **SEÇÃO IV**

#### **Do Julgamento da Licitação**

Art. 40. O julgamento da licitação identificará a proposta mais vantajosa, segundo critérios objetivos, estabelecidos no instrumento convocatório, com fiel observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade entre os concorrentes.

contrato de concessão, e a ANP tem o dever de se pronunciar a respeito do acolhimento, ou não, de cada sugestão efetuada; e,

(iv) por fim, a cláusula arbitral prevista nos contratos de concessão configura uma espécie de derrogação, prevista no artigo 43, inciso X, da Lei do Petróleo, à regra de que os contratos administrativos devam submeter-se à jurisdição brasileira, justamente para contemplar o caráter internacional da indústria do petróleo e em seu favor, haja vista que a solução de controvérsias pela via arbitral é um elemento de atração do investimento, por assegurar maior celeridade e imparcialidade da decisão. A cláusula arbitral, portanto é prevista em favor da parte privada.<sup>500</sup>

### **4.3 Estudo De Caso: Contribuições Do Autor Para O Aprimoramento Do Contrato De Concessão Da Anp**

Em 2007, por conta da elaboração do edital e do contrato de concessão para a Nona Rodada de Licitações de blocos para exploração e produção de petróleo e gás, coube-nos apresentar sugestão para o aprimoramento destes instrumentos, para submissão à audiência pública.<sup>501</sup> Apresentamos, na ocasião, sugestão em relação à cláusula “Regime Jurídico” do contrato de concessão, especialmente quanto às Seções “Lei Aplicável” (31.1), “Arbitragem *ad hoc*” (31.5) e “Foro” (31.6). Começaremos tratando da cláusula de eleição de foro, sua relação com a cláusula arbitral e a redação final que sugerimos.

#### **4.3.1 Diferença entre Cláusula de Eleição de Foro e Cláusula Compromissória**

Primeiramente, a título expositivo, é importante delimitar os conceitos de cláusula de eleição de foro e de cláusula compromissória.

---

<sup>500</sup> TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 636.

<sup>501</sup> O autor é Especialista em Regulação da ANP e o tema aqui abordado foi objeto de Nota Técnica apresentada à Superintendência de Promoção de Licitações da ANP em 2007. Infelizmente, tal proposição não chegou a ser apreciada, pois a Agência optou pela manutenção dos modelos de edital e contrato publicados nas Rodadas anteriores, sem promover as importantes alterações aqui sugeridas.

Resumidamente, a cláusula de eleição de foro em um determinado contrato é pactuada pelas partes com o objetivo de permitir que elas escolham onde um processo judicial decorrente de divergências oriundas do contrato deverá correr. Por exemplo: se o foro escolhido é o do Rio de Janeiro, as partes, ao escolhê-lo, renunciam automaticamente à propositura da ação em qualquer outro foro que não o da referida cidade.

A convenção de arbitragem, por outro lado, é pacto escrito, que pode vir inserida em um contrato (cláusula compromissória) ou constituir-se de um contrato autônomo, referente a outro (considerado principal) cujo objeto é a submissão das controvérsias que venham a surgir entre as partes à arbitragem. Esta é a definição acolhida pelo artigo 4º e seu parágrafo 1º,<sup>502</sup> da Lei de Arbitragem. Através desta pactuação, os contraentes deixam expressamente consignado que a solução da controvérsia não se dará pela via do Poder Judiciário (jurisdição estatal). Cumpre lembrar que o acordo também pode ser celebrado após o surgimento do litígio, denominando-se compromisso arbitral.<sup>503</sup>

Nos casos envolvendo a Administração Pública, a eleição da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias sempre foi alvo de debates no Brasil, em função, dentre outros aspectos relativos à nossa cultura jurídica, da invocação do princípio da legalidade. À Administração só é permitido fazer o que lhe for autorizado por lei. Cuidando deste aspecto setorialmente, a Lei do Petróleo, no artigo 43, inciso X, autoriza que a Administração preveja, como cláusula essencial do contrato de concessão, regras de solução de controvérsias, que podem incluir a conciliação e a arbitragem internacional. Vejamos o artigo da referida Lei:

**LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997.**

**CAPÍTULO V**  
**Da Exploração e da Produção**  
**SEÇÃO V**  
**Do Contrato de Concessão**

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:  
 (...)

<sup>502</sup> **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 – Dispõe sobre a arbitragem.**

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. (grifos nossos)

<sup>503</sup> Fica a observação de que se as partes já estiverem em conflito a respeito da relação jurídica base ou principal, muito dificilmente entrarão em acordo para pactuar o compromisso arbitral. Trataremos disso quando comentarmos o artigo 27, parágrafo único da Lei do Petróleo, logo adiante.

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional; (grifos nossos)

O artigo 27, parágrafo único<sup>504</sup> da mesma Lei, ao prever que, caso não haja consenso entre os concessionários de blocos vizinhos, cujo reservatório comum será objeto de acordo de individualização da produção – AIP<sup>505</sup>, a ANP decidirá, com base em “laudo arbitral”, a repartição do produto da produção entre os concessionários. Cabe, aqui, uma reflexão. Sabemos que o pressuposto para a instauração de qualquer arbitragem é a existência de um acordo prévio entre as partes (a cláusula compromissória ou o compromisso), o que, *a priori*, não existe entre concessionários de blocos vizinhos, tendo por objeto um reservatório comum, haja vista que o contrato de concessão é celebrado entre cada um deles e a ANP. Além disso, existe o dado técnico de que a necessidade de unificação de operações só é verificada quando os concessionários, isoladamente, vierem a promoverem, no mínimo, atividades exploratórias em sua área de concessão, visando ao levantamento de dados geológicos sobre a possível existência e a extensão dos reservatórios. Verificado, por qualquer deles, que a acumulação de hidrocarbonetos se estende para a área vizinha, a ANP deve ser notificada, para informar a situação ao vizinho ou, caso a área não esteja sob concessão, celebrar o AIP em nome da União.

Nessas hipóteses, em que não há liame contratual prévio entre as partes, só restam duas opções: celebrar o acordo, que deverá adotar algum mecanismo de solução de controvérsias (eleição de foro ou arbitragem); ou entrar em litígio. Ao litigarem, abrem-se outras duas possibilidades: a primeira é a celebração do compromisso arbitral que, todavia, é

<sup>504</sup> **LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997.**

**Art. 27.** Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção.

Parágrafo único. Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, **com base em laudo arbitral**, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis. (grifos nossos)

<sup>505</sup> Também conhecido como unitização, a partir do termo em inglês *unit*. Tivemos a oportunidade de participar do Grupo de Trabalho inter-superintendências da ANP sobre Individualização da Produção e verificou-se que o artigo possui diversas impropriedades técnicas. A primeira delas é o conceito de individualização da produção. Individualizar, em termos de dicionário, significa “tornar individual; especializar, particularizar; distinguir, ou seja, diz respeito ao momento posterior da unitização, que é a apropriação, pelos concessionários, da parte que lhes cabe no acordo. O melhor conceito para se definir unitização é o de unificação de operações ou produção unificada, geralmente conduzida pelo concessionário com maior participação no acordo celebrado. Outro ponto que demonstra a atecnia do artigo é a extensão de campos por blocos vizinhos. Blocos exploratórios e campos de produção de petróleo e gás são criações humanas. São delimitados pelos concessionários e seus limites são aprovados pela ANP, nunca podendo ultrapassar a área de concessão. Já os reservatórios petrolíferos são criação da natureza, formações geológicas sobre as quais praticamente não se tem informações, caso não sejam levantados dados a respeito deles. Portanto, o objeto da unitização é a jazida de petróleo, ou seja, o reservatório cuja lavra tornou-se economicamente viável. O terceiro ponto é o que citamos no corpo do texto, sobre a decisão com base em “laudo arbitral”.

muito difícil de ser pactuado quando as partes já se encontram com ânimos exaltados, somada à inexistência de relação contratual prévia (que só viria a se estabelecer com a elaboração do AIP); e a segunda é a recalcitrância na posição de conflito, sobre a qual a ANP é instada a se manifestar.

A atuação da ANP, nesta última hipótese, não é a de árbitra (no sentido estrito de avaliar a vontade e a disposição das partes para se chegar a um resultado), mas sim a de instância decisória que preencherá a lacuna deixada pela ausência de entendimento entre os concessionários. Portanto, entra em ação a discricionariedade técnica da Agência que, por meio de um documento (nota técnica)<sup>506</sup> decidirá, com base nas informações que possui e através de solicitação dos dados que as partes eventualmente detenham, a fórmula de repartição que entender equitativa para a devida fruição dos direitos e o efetivo cumprimento de obrigações em relação à área unitizada. A natureza jurídica desse “laudo arbitral”, portanto, não é a de sentença arbitral, mas sim a de decisão administrativa por parte da ANP.

Voltando ao que dispõe o artigo 43, inciso X da Lei do Petróleo, que consideramos ser o único dispositivo que legitima a adoção da arbitragem internacional nos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, fica superado o problema da exigibilidade de uma lei autorizadora para que a arbitragem seja prevista no contrato de concessão firmado pela ANP com os concessionários. O problema se coloca, todavia, sob outro prisma: o administrador não está obrigado, por lei, a escolher a via arbitral como aquela apta a reger as controvérsias decorrentes do contrato. Se a lei o fizesse, estaria violando o artigo 5º, inciso XXXV<sup>507</sup> da Constituição, que trata da inafastabilidade da reparação de lesões ou ameaças a direito pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, se o administrador, no uso de sua discricionariedade – delimitada pela conveniência e pela oportunidade, devidamente motivadas – escolhe a via arbitral, a sua convivência com a cláusula de eleição de foro, sem que se defina o âmbito de abrangência de

---

<sup>506</sup> Selma Ferreira Lemes fala em “parecer técnico”, com o mesmo sentido que expusemos. LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública. A empresa estatal, o estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 204.

<sup>507</sup> **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

(...)

**TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;



cada uma, pode gerar o que os autores denominam de “patologia jurídica”. E é isso que pretendemos demonstrar no item que se segue.

#### 4.3.2 A Atual Redação da Cláusula Compromissória no Contrato de Concessão e seus Problemas

##### 4.3.2.1 Convivência da Cláusula de Eleição de Foro Com a Cláusula Compromissória

Em relação à convivência da cláusula de eleição de foro com a cláusula arbitral, para a solução de todas as controvérsias oriundas do contrato de concessão, o entendimento jurídico corrente da doutrina que tratou especificamente da matéria<sup>508</sup> é de que, para os efeitos da Lei de Arbitragem, tal concomitância é incompatível. Nesse ponto, a primeira sugestão que propomos é uma definição de que método é o mais adequado para a conciliação dos interesses da ANP com os das futuras partes envolvidas – os concessionários: se é melhor escolher que a definição das controvérsias se dará apenas perante o Poder Judiciário; ou se deverá ser eleita a via arbitral; ou se é mais conveniente definir muito precisamente qual o escopo de cada uma das duas cláusulas.

Neste diapasão, cabe-nos apontar as vantagens e desvantagens das duas vias eleitas. A desvantagem maior em se eleger o Poder Judiciário como a via para a solução de controvérsias está nas causas que já apontamos no início do Capítulo e, especificamente, a decorrente instabilidade e insegurança jurídica contratual e de relacionamento entre a Agência e o concessionário que se gera com a espera da decisão judicial. O exemplo da indefinição da Oitava Rodada de Licitações<sup>509</sup> por conta das ações populares que impugnaram as regras do edital e impediram o certame é claro e traumático para a ANP de como a morosidade do sistema judiciário brasileiro – especialmente a grande quantidade de recursos possíveis após a decisão de primeira instância – traz graves indefinições para o exercício do marco regulatório.

---

<sup>508</sup> TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 632-634.

<sup>509</sup> A esse respeito, vide RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a oitava rodada de licitações. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 11-123. p. 73 et. seq.

A via arbitral, por outro lado, traz as vantagens da celeridade do processo decisório e da irrecurribilidade da decisão arbitral perante o Poder Judiciário, salvo as hipóteses de nulidade, como previsto nos artigos 32 e 33<sup>510</sup> da Lei de Arbitragem. No mecanismo já existente na Cláusula dos Contratos firmados pela ANP (vide item 31.5.b), cada parte escolhe um árbitro e os dois escolhem um terceiro, o que garante o equilíbrio de vontades na escolha e, conseqüentemente, a ausência prévia de suspeição de que a decisão possa vir a ser favorável a uma das partes em detrimento da outra, pela eventual preponderância numérica de árbitros ligados a uma delas. E, ainda que tal fato ocorresse, o artigo 20<sup>511</sup> da Lei de Arbitragem prevê os mecanismos para solução deste tipo de problema, caso ocorra.

A favor da arbitragem ainda conta a dinâmica internacional da indústria do petróleo, cujas decisões de investimento por parte dos agentes e de sua captação por parte dos países hospedeiros tomam em conta aspectos como estabilidade do marco regulatório, segurança jurídica, celeridade e imparcialidade na solução das controvérsias. A possibilidade de o concessionário poder escolher um dos árbitros ou confiar essa escolha a uma instituição arbitral é de grande importância, como exporemos no item seguinte.

---

<sup>510</sup> **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem.**

(...)

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 et seq. do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

<sup>511</sup> **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem.**

(...)

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

#### 4.3.2.2 Escolha dos Árbitros e Realização de Arbitragem *ad hoc* em Conflito com Definição de Regras de Arbitragem Institucional

Aqui, é necessária a distinção prévia entre arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucional. A arbitragem *ad hoc*, basicamente, é aquela em que as partes, após o surgimento do conflito, instauram e administram elas próprias o procedimento arbitral, e, de comum acordo, nomeiam os árbitros. A arbitragem institucional, por seu turno, é aquela em que as partes escolhem, previamente ao surgimento da controvérsia, uma Câmara de Arbitragem e se submetem ao seu regulamento, caso o procedimento arbitral venha a ser instaurado, diante de uma disputa concreta.

O fato é que, desde a Sétima Rodada de Licitações, a ANP optou pela escolha da arbitragem *ad hoc* com a escolha das regras institucionais previstas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), bem como a escolha dos árbitros com base nas mesmas regras, o que caracteriza uma cláusula arbitral patológica quanto a esse aspecto, visto que adota regras claramente desenvolvidas para arbitragens institucionais, tendo escolhido a arbitragem *ad hoc*, sem se preocupar com as consequências de ordem prática daí advindas.

Por definição, as regras institucionais se voltam para a realização dos procedimentos arbitrais instaurados perante a Corte Arbitral que as elaborou. Além disso, uma Câmara Arbitral possui a estrutura adequada para que as suas regras procedimentais sejam implementadas no curso da arbitragem (por exemplo, uma infra-estrutura de local para reunião, protocolo, secretaria para assessorar o andamento dos trabalhos, tesouraria etc.) O fundamental, além disso, é que a instituição arbitral conta com árbitros pertencentes aos seus quadros e que estão preparados para respeitar os ritos adequados ao procedimento arbitral adotado. O aspecto institucional agrega expertise à realização da arbitragem, trazendo maior segurança às partes e aos árbitros.

A arbitragem *ad hoc*, por outro lado, em função de a escolha dos árbitros estar condicionada ao seu apontamento por cada uma das partes, exige, além de adoção de regras compatíveis com a complexidade (ou não) do procedimento, uma escolha mais acurada dos árbitros que atuarão no processo arbitral e, caso haja recalcitrância de uma das partes em apontá-lo, haverá a necessidade de ingresso junto ao Poder Judiciário para que o compromisso

arbitral seja lavrado em juízo (artigo 7º<sup>512</sup> da Lei nº 9.307/96), o que retardará a instauração da arbitragem. Neste sentido, seria necessária, adicionalmente, a indicação de uma instituição nomeadora dos árbitros, caso uma das partes permaneça recalcitrante. A Câmara de Comércio Internacional desenvolveu um conjunto de regras nesse sentido intituladas “Regras da CCI como Autoridade Nomeadora em Arbitragens *ad hoc* da UNCITRAL ou de outras entidades”.<sup>513</sup> Esses pontos acabam evidenciando que a arbitragem *ad hoc* pode trazer complicações adicionais, não existentes na arbitragem institucional.

Contudo, a manutenção do mecanismo de arbitragem *ad hoc*, ainda que menos desejável em função da menor segurança jurídica e da ausência de um apoio administrativo institucionalizado para os trabalhos dos árbitros, não possui óbice, desde que adotadas regras elaboradas especificamente para o rito arbitral *ad hoc*. Tais regras são elaboradas, por exemplo, pela UNCITRAL. Como mencionamos em oportunidade anterior, as Regras para Arbitragens *ad hoc* da Comissão da ONU foram aprovadas pela Resolução da Assembleia Geral nº 31/98, de 15 de dezembro de 1976, e revisadas em 15 de agosto deste ano. O trabalho da UNCITRAL, ao estabelecer regras para arbitragens *ad hoc*, considera que tais regras “são aceitáveis em países com diferentes sistemas jurídicos, sociais e econômicos e podem contribuir para o desenvolvimento de relações econômicas internacionais harmoniosas”.<sup>514</sup>

Portanto, a ANP precisaria corrigir tal patologia e decidir entre: escolher a CCI ou outra Câmara Arbitral, para uma arbitragem institucional realizada conforme suas próprias

<sup>512</sup> **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem.**

(...)

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

<sup>513</sup> Rules of ICC as Appointing Authority in UNCITRAL or Other Ad Hoc Arbitration Proceedings in force as from 1 January 2004. Disponível em: <[http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/appointing\\_authority/rules\\_appointing\\_english.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/appointing_authority/rules_appointing_english.pdf)>.

Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>514</sup> UNCITRAL Arbitration Rules. GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 31/98 as revised on August, 15, 2010. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

regras; ou manter a arbitragem *ad hoc*, porém definindo que as regras de realização serão feitas com base nas regras da UNCITRAL para essa modalidade de arbitragem, e, de preferência, cercando-se do mecanismo de nomeação dos árbitros sugerido pela CCI para esse tipo de arbitragem (as já aludidas “Regras da CCI como Autoridade Nomeadora em Arbitragens *Ad Hoc* da UNCITRAL ou de outras entidades”).

#### 4.3.2.3 Ajuizamento de Medidas Cautelares no Curso do Processo Arbitral em Qualquer Foro pelas Partes

Outro ponto que merece análise tendo em vista a alteração da cláusula “Regime Jurídico” está na possibilidade de ajuizamento de medidas cautelares pelas partes perante o Poder Judiciário.<sup>515</sup> Em uma definição simples, as medidas cautelares são aquelas que visam à prevenção, conservação, defesa ou a garantia da eficácia de um direito. São também consideradas “medidas de urgência”, visto que a eventual demora no provimento de uma decisão definitiva pode causar danos irreparáveis às partes envolvidas.

A conjugação das cláusulas de arbitragem *ad hoc* e de eleição de foro no contrato de concessão da ANP parecem apontar para a limitação de que todas as medidas cautelares relativas ao processo arbitral devem ser ajuizadas no foro da Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro, o que não é salutar, haja vista as possíveis diferentes localizações dos bens ou das pessoas objeto da medida cautelar. O que se aponta como mais indicado, nesse caso, é que haja a liberdade de se requerer a medida de acordo com a proximidade do foro em relação ao objeto ou indivíduo sobre os quais o provimento cautelar deverá recair. Como afirma Carlos Alberto Carmona:

Não é incomum a necessidade de concurso do Poder Judiciário antes mesmo de ser instituída a arbitragem, seja para a constituição do tribunal arbitral (cláusula compromissória vazia), seja para medidas de urgência: se a cláusula compromissória é vaga, não indicando sequer a forma de nomeação dos árbitros, pode ocorrer impasse no momento em que surge litígio a ser dirimido entre as partes, sendo necessário recorrer ao Estado para a instituição do tribunal arbitral; também pode surgir a mesma necessidade de intervenção estatal se, antes de instituída a arbitragem, apresentar-se situação de urgência que demande medida rápida para preservação do resultado útil do processo

---

<sup>515</sup> A esse respeito, vide TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 328.

ou para viabilizar, em caráter emergencial, a tutela que, pela arbitragem, se pretende obter.<sup>516</sup>

Veja-se como tais disposições se encontram, atualmente, redigidas no contrato de concessão:

#### **Arbitragem “ad hoc”**

31.5

(g) Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias, a Parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação brasileira aplicável.

#### **Foro**

31.6 Para os efeitos da Lei nº 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, as Partes elegem o foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

Outra questão que se observa é a limitação da possibilidade de requisição de medidas cautelares às partes interessadas junto ao Poder Judiciário, não se conferindo a mesma prerrogativa aos árbitros, como faculta o artigo 22, § 4<sup>o517</sup> da Lei nº 9.307/96. A forma de melhor corrigir a cláusula para adequá-la ao dispositivo legal e, ao mesmo tempo, ampliar o seu alcance, é permitir que tanto os árbitros quanto as partes interessadas possam requerer ao Judiciário as medidas cautelares que entenderem pertinentes.

---

<sup>516</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Consideração sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. IN: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 37-38. O autor, todavia, não vislumbra o problema que colocamos. Entende que a convivência da eleição de foro com a cláusula arbitral seria, inclusive, uma medida de boa técnica, seja para efeito da ação judicial prevista no art. 7º da Lei nº 9.307/96, seja para a concessão do provimento cautelar, como medidas de apoio à arbitragem e a efetivação da tutela arbitral.

<sup>517</sup> **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.** – Dispõe sobre a arbitragem.

(...)

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

(...)

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Todavia, mesmo com a estipulação de uma cláusula de eleição de foro, há que se entender, de uma maneira progressista e com respaldo legal, que ela não vinculará os árbitros que, tendo necessidade de obtenção de qualquer medida urgente ou de coleta de provas que dependa de apoio da jurisdição estatal, poderão solicitar ao juízo mais apropriado a tutela necessária.<sup>518</sup>

#### 4.3.2.4 Defesa Doutrinária da Convivência da Cláusula de Eleição de Foro com a Cláusula Compromissória

A arbitragem se encerra quando prolatada a sentença arbitral. Se não houver execução espontânea da decisão, a parte interessada no seu cumprimento precisará recorrer ao Poder Judiciário para executá-la, uma vez que constitui título executivo judicial, assim definido no artigo 475-N, inciso IV<sup>519</sup> do Código de Processo Civil.

A eleição de foro poderá, então, servir para definir a competência nos casos de execução da sentença arbitral. Recorrer-se-ia a ela, também, para a ação de declaração ou desconstituição da decisão arbitral por nulidade, previstas no artigo 33 da Lei de Arbitragem, em relação às hipóteses previstas no artigo 32.<sup>520</sup> Um dos elementos da competência é o seu aspecto territorial, ou o local da execução, independentemente de tal sentença ter sido prolatada ou não no Brasil. O contrato de concessão da Décima Rodada de Licitações da

---

<sup>518</sup> Carlos Alberto Carmona entende que a cláusula de eleição de foro vincula as partes na eventual necessidade de recurso ao Poder Judiciário para obtenção de medida que suporte à instauração ou à continuidade da arbitragem. Para os casos conhecidos como tutela de urgência, propõe o autor: “em tal circunstancia, obrigar a parte a dirigir-se ao juízo do foro eleito pode significar o perecimento do direito, por conta de eventual demora operacional na concretização da medida de urgência pleiteada. Diante dessa contingência, não é razoável exigir que o autor demandante atenha-se estritamente ao pactuado (foro eleito), mas também não é razoável forçar o mesmo autor a descumprir o avençado: pode o autor perfeitamente promover seu pleito diante de juízo territorialmente incompetente, informando ao juiz desde logo sobre tal circunstância, de modo que o magistrado tomará as medidas urgentes que se fizerem necessárias para proteger o direito do autor, remetendo em seguida os autos ao juiz territorialmente competente para que tome as providências subseqüentes que se fizerem necessárias até que os árbitros aceitem sua nomeação, com a instituição da arbitragem (e atribuição de competência aos árbitros para decisão sobre a medida de urgência pleiteada).” CARMONA, Carlos Alberto. Consideração sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39 e 42.

<sup>519</sup> **LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973** – Institui o Código de Processo Civil.

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

(...)

IV – a sentença arbitral; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

<sup>520</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Consideração sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 40-1.

ANP, por exemplo, prevê, no item (c) da Seção 5 da Cláusula Trigésima Primeira, que o Rio de Janeiro será o local de realização da arbitragem e do proferimento da decisão arbitral. A despeito desta previsão, poderia haver dúvida legítima sobre o local de execução da sentença, especialmente nos casos em que a decisão tenha sido favorável à parte privada, que poderia executá-la em qualquer das Seções Judiciárias da Justiça Federal, em função da regra de competência prevista no artigo 109, inciso I<sup>521</sup> da Constituição da República, ainda que subsidiada pelo artigo 100, incisos IV, alíneas “a”; “b” e “d” e V, alínea “a” do Código de Processo Civil<sup>522</sup>. Para Carlos Alberto Carmona:

A autonomia da vontade, parece-me, sustentaria tal solução, que, afinal de contas, levaria em consideração princípios elementares de efetividade da decisão arbitral, ancorando-se nas premissas do *forum conveniens*.<sup>523</sup>

E conclui o mesmo autor:

(...) resulta claro que não há incompatibilidade entre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro. As duas avenças têm áreas de abrangência diferentes, não sendo razoável imaginar que a presença de uma invalide a eficácia da outra. Enganam-se, portanto, aqueles que vêem alguma patologia por conta da inserção, num mesmo contrato, das duas cláusulas: a convivência de ambas é pacífica, não havendo necessidade de conceber artifícios interpretativos, muito menos de investigar eventuais intenções das partes para excluir uma ou outra avença.<sup>524</sup> (grifos nossos)

---

<sup>521</sup> **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

<sup>522</sup> **Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil.

Art. 100. É competente o foro:

(...)

IV - do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica;

b) onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu;

(...)

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;

V - do lugar do ato ou fato:

a) para a ação de reparação do dano;

<sup>523</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Consideração sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 45.

<sup>524</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Consideração sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46.



Além disso, defende-se também a possibilidade de submissão de determinadas matérias à cláusula de eleição de foro, limitando-se a arbitrabilidade objetiva (o escopo de matérias que seriam objeto da cláusula compromissória). Além de a cláusula compromissória só ser permitida em sede de direitos patrimoniais disponíveis, por determinação legal, seu escopo e os poderes atribuídos aos árbitros devem ser interpretados nos limites do que foi pactuado, cabendo o restante à jurisdição estatal.<sup>525</sup> O objeto da cláusula de eleição, portanto, seriam as matérias atinentes a direitos indisponíveis,<sup>526</sup> ou seja, matérias de caráter não patrimonial afetas ao interesse público, as quais nomearíamos aquelas regidas pelo direito público, como as obrigações impostas às partes por determinadas cláusulas do contrato de concessão que refletem normas de Direito Administrativo e as de natureza regulatória editadas pela ANP.

#### 4.3.2 Sugestões de Alteração da Redação da Cláusula Arbitral

Por todo o exposto, propusemos algumas possibilidades de redação para o parágrafo “Legislação Aplicável” do Edital e para as subcláusulas “Arbitragem” e “Foro” do contrato de concessão da Nona Rodada de Licitações, aplicáveis também a futuros certames, caso se decida manter o instituto da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias no contrato de concessão; a adoção exclusiva da cláusula de eleição de foro, ou, ainda, a convivência das duas, como ocorre atualmente, mas com escopos bem definidos. Vejamos:

##### **Edital de Licitações**

###### **Redação 1:**

Legislação Aplicável

O Contrato de Concessão estará sujeito às Leis da República Federativa do Brasil.

###### **Solução de Controvérsias**

As controvérsias não resolvidas entre as Partes envolvidas serão submetidas à arbitragem, de acordo com a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, devendo ser a sede da arbitragem a cidade do Rio de Janeiro.

ou

###### **Redação 2:**

---

<sup>525</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Consideração sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 42-3.

<sup>526</sup> TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: RIBEIRO, M. (Org.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 658.

**Legislação Aplicável**

O Contrato de Concessão estará sujeito às Leis da República Federativa do Brasil.

**Solução de Controvérsias**

O foro da Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro é o eleito para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, ou conflitos surgidos entre as Partes em decorrência da execução do Contrato de Concessão.

ou

**Redação 3:****Legislação Aplicável**

O Contrato de Concessão estará sujeito às Leis da República Federativa do Brasil.

**Solução de Controvérsias**

As controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis não resolvidas entre as Partes envolvidas serão submetidas à arbitragem, de acordo com a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, devendo ser a sede da arbitragem a cidade do Rio de Janeiro.

O foro da Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro é o eleito para resolver as demais controvérsias não submetidas ao objeto de abrangência da cláusula compromissória, especialmente aquelas decorrentes de direito indisponível estabelecidas por lei, incluindo-se as normas regulatórias editadas pela ANP.

No caso de instauração de arbitragem, o foro eleito também é o competente para os procedimentos previstos nos artigos 7º, 20, 21, 25 e 33 da Lei nº 9.307/96, bem como para a execução da sentença arbitral. Às partes e aos árbitros é conferida a liberdade de propositura de medidas de cunho coercitivo ou cautelar no juízo mais próximo ou adequado à sua obtenção.

Contrato de Concessão

**Quanto à definição da modalidade de arbitragem:****Redação 1:**

Arbitragem Institucional

31.5 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, deverá submeter essa disputa ou controvérsia a processo arbitral realizado pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no seu Regulamento e em consonância com os seguintes preceitos:

- (a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.
- (b) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral.
- (c) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem, sem necessidade de tradução oficial.
- (d) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras.
- (e) Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias, os árbitros e as partes

interessadas poderão requerê-las ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação brasileira aplicável.

Ou

**Redação 2:**

Arbitragem *ad hoc*

31.5 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, deverá submeter essa disputa ou controvérsia a processo arbitral *ad hoc*, utilizando como parâmetro as Regras de Arbitragem da UNCITRAL, adotadas na Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas 31/98, de 15 de dezembro de 1976, com redação revisada em 15 de agosto de 2010, e em consonância com os seguintes preceitos:

(a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido nas Regras da CCI como Autoridade Nomeadora em Arbitragens *ad hoc* da UNCITRAL ou de outras entidades, de 1º de janeiro de 2004.

(b) Serão três os árbitros. Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente.

(c) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral.

(d) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem, sem necessidade de tradução oficial.

(e) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras.

(f) A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes.

(g) Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias, os árbitros e as partes interessadas poderão requerê-las ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação brasileira aplicável.

**Quanto à opção pela cláusula de eleição de foro ou, ainda, a convivência das duas:**

**Redação 1:**

Eliminação da Redação da Cláusula de Arbitragem

Foro

31.5 Para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, ou conflitos surgidos entre as Partes em decorrência da execução do Contrato de Concessão, as Partes elegem o foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, exceto para a propositura de medidas de cunho coercitivo ou cautelar, que poderão ser propostas no juízo mais próximo ou adequado à sua obtenção, observada a legislação processual brasileira.

**Redação 2:**

Manutenção da cláusula compromissória, com a opção por alguma das alternativas acima expostas e:

Foro

31.6 O foro da Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro é o eleito para resolver as demais controvérsias não submetidas ao objeto de abrangência da cláusula compromissória, especialmente aquelas decorrentes

de direito indisponível estabelecidas por lei, incluindo-se as normas regulatórias editadas pela ANP.

No caso de instauração de arbitragem, o foro eleito também é o competente para os procedimentos previstos nos artigos 7º, 20, 21, 25 e 33 da Lei nº 9.307/96, bem como para a execução da sentença arbitral. Às partes e aos árbitros é conferida a liberdade de propositura de medidas de cunho coercitivo ou cautelar no juízo mais próximo ou adequado à sua obtenção.

#### 4.3.3 Conclusões sobre o Estudo de Caso

Apontamos, resumidamente, as principais alterações que mereceram o parágrafo “Legislação Aplicável” das minutas de Edital de Licitações e para as subcláusulas “Arbitragem” e “Foro” e do contrato de concessão da Nona Rodada, passíveis de implementação em Rodadas futuras:

- (i) escolha da forma de solução de controvérsias que deverá figurar no Edital de Licitações e, por consequência, no contrato de concessão: a adoção de cláusula de eleição de foro pura (menos recomendada), da cláusula arbitral isoladamente, ou, ainda, a convivência das duas, com escopo de aplicação bem estabelecido (especialmente o da primeira, de modo a não esvaziar ou concorrer com a via arbitral eleita – essa seria a opção mais recomendada);
- (ii) escolha entre arbitragem institucional, e a adoção das regras da respectiva instituição, ou arbitragem *ad hoc*, que permita o emprego do modelo de regras proposto pela UNCITRAL, somado a um mecanismo adicional de nomeação de árbitros, previsto, por exemplo, nas “regras da CCI como autoridade nomeadora em arbitragens *ad hoc* da UNCITRAL ou de outras entidades”;
- (iii) correção do mecanismo de requisição de medidas coercitivas ou cautelares ao Poder Judiciário, para possibilitar a requisição direta ao foro mais próximo dos bens ou pessoas objeto da medida, não só pelas partes, mas também pelos árbitros.

## 5 FORMULAÇÃO DA *LEX PETROLEA*

Alguns autores reportam que o Direito Transnacional, produto do desenvolvimento da *lex mercatoria*, extrai grandes exemplos práticos da indústria ligada aos recursos naturais, especialmente a indústria petrolífera. Nessa indústria, há uma propensão natural para a internacionalização ou transnacionalização das suas transações, a que se denomina de “desnacionalização”. Portanto, os contratos entre partes privadas e o Estado tem à não aplicação da lei nacional com a qual estariam mais conectados (pois seria a *lex fori* do Estado hospedeiro), mas sim os princípios gerais de direito, como a boa-fé e a equidade, bem como os usos e costumes relativos à indústria do petróleo e seus negócios.

Klaus Peter Berger e R. Doak Bishop trazem como exemplo a redação de cláusula do contrato de concessão celebrado entre o governo do Kuwait e a AMINOIL, objeto de controvérsia submetida à arbitragem internacional: a lei aplicável às questões substantivas surgidas entre as partes devem ser determinada pelo tribunal arbitral, tendo em conta a qualidade das partes, o carácter transnacional de suas relações e os princípios gerais de direito que prevalecem no mundo contemporâneo.<sup>527</sup>

Esse é um exemplo claro de que a indústria do petróleo é diretamente influenciada e, ao mesmo tempo, é um campo fecundo para o desenvolvimento da *lex mercatoria*, a ponto de merecer uma especialização, a que os autores especializados têm denominado *lex petrolea*. Sobre sua formulação e desenvolvimento, trataremos nos itens subseqüentes.

### 5.1 *Lex Petrolea* Como Ramo Especializado Da *Lex Mercatoria*: Uma Breve Análise Da Jurisprudência Arbitral Envolvendo A Indústria Petrolífera

A *lex petrolea* vem sendo considerada uma linhagem da *lex mercatoria*, oriunda das relações contratuais específicas da indústria do petróleo, uma vez que é um mercado altamente especializado<sup>528</sup> e segmentado, além de ser responsável por uma parcela

<sup>527</sup> BERGER, Klaus Peter. Transnationalisation of international investment contracts with particular reference to the natural resources industry. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 22, issue 1, 2004, p. 51-58. p. 51-52 e BISHOP, R. Doak. International arbitration of petroleum disputes: the development of a *lex petrolea*. *Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>528</sup> ALVES, Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso. *Lex Petrolea*: o Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209-29. p. 226.

considerável do Produto Interno Bruto de diversos países, e, isoladamente, por algo entre 5 e 6% do PIB mundial (dados de 2005).<sup>529</sup>

Nesse contexto, a *lex petrolea* começa a surgir, especialmente através da solução de controvérsias entre empresas e Estados hospedeiros pela via arbitral, como vimos no Capítulo anterior, os quais lhe constituem fonte.<sup>530</sup> A existência de um corpo normativo de caráter transnacional específico para a indústria do petróleo foi, inclusive, invocada pelo Governo do Kuwait no caso *Kuwait v. AMINOIL*,<sup>531</sup> como sendo uma regra costumeira particular da indústria, porém vinculada ao universo geral da *lex mercatoria*.

A formulação da *lex petrolea* dá-se, então, curiosamente, a partir das alegações de um Estado no bojo de uma controvérsia com uma empresa petrolífera, entrando para os anais da jurisprudência arbitral, que então se firmava em casos relativos à nacionalização e expropriação de ativos das petroleiras pelos Estados hospedeiros.<sup>532</sup>

Ainda que reconhecidos os direitos dos Estados de efetuar a nacionalização de seus recursos naturais e dos ativos das empresas estrangeiras que os exploravam, tal jurisprudência, à luz do direito internacional costumeiro preconizado pela *lex mercatoria*, reconheceu os direitos dessas empresas em receber justa indenização ou compensação pelos investimentos efetuados nesses países. Ao se invocar os princípios preconizados pela *lex mercatoria*, adaptados à indústria do petróleo (constituindo a *lex petrolea*), procurava-se dar à solução do mérito dos litígios um caráter de neutralidade, uma vez que não se recorria a qualquer referência de direito interno<sup>533</sup> que, *a priori*, poderia tornar parcial a decisão, seja em favor do país hospedeiro (aplicando-se a *lex loci celebrationis* ou *executionis*), seja em favor das empresas petrolíferas (ao se aplicar a *lex nationalis* ou *personalis*).

<sup>529</sup> Cf. <http://www.thestewart.com/shared/image.html?/photos/uncategorized/oilpr.JPG>. Dados do Balanço Energético Nacional também dão conta de que a participação da oferta de petróleo e seus derivados no PIB do país é de 5,9%. <[https://ben.epe.gov.br/downloads/Relatorio\\_Final\\_BEN\\_2010.pdf](https://ben.epe.gov.br/downloads/Relatorio_Final_BEN_2010.pdf)>. Vide p. 118.

<sup>530</sup> BERGER, Klaus Peter. Transnationalisation of international investment contracts with particular reference to the natural resources industry. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 22, issue 1, 2004, p. 51-58. p. 51-52.

<sup>531</sup> Caso *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Co. (AMINOIL)*. Laudo arbitral de 24 de março de 1982. *International Legal Materials*, v. 21, 1982, p. 976-1036. O autor R. Doak Bishop informa que o Kuwait saiu perdedor, mas que a invocação da existência de uma *lex petrolea* por um Estado, a partir deste caso, estimulou a doutrina a considerá-la como um conjunto de usos e costumes específicos da indústria do petróleo. BISHOP, R. Doak. *International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea*. *Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>532</sup> ALVES, Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso. *Lex Petrolea: o Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209-29. p. 222-3.

<sup>533</sup> ALVES, Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso. *Lex Petrolea: o Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209-29. p. 225.

Outro caso emblemático envolveu o Governo da Líbia e a empresa LIAMCO.<sup>534</sup> Em uma arbitragem *sole arbitrator*, o árbitro entendeu que o direito líbio era aplicável, porém haveria aplicação subsidiária dos princípios gerais de direito.<sup>535</sup> Havendo incompatibilidade do direito líbio com tais princípios, esses prevaleceriam, em consonância, inclusive, com a hierarquia normativa que os princípios possuem sobre as regras. No caso concreto, o árbitro entendeu que havia uma convergência entre o direito líbio, os princípios do sistema de direito islâmico e o direito internacional, ao se considerar a aplicabilidade dos usos e costumes, as noções de justiça e equidade, oriundas de um “direito natural”, o *pacta sunt servanda*, o respeito ao direito de propriedade, aos direitos adquiridos, a vedação ao enriquecimento sem causa, bem como o cabimento de indenização nos casos de expropriação da propriedade privada.<sup>536</sup>

No caso ARAMCO,<sup>537</sup> o tribunal arbitral recorreu ao conceito de *lex situs*, ou seja, a lei do local da situação, para qualificar o contrato de concessão para exploração e produção de petróleo, afastando a incidência do direito internacional público por não se tratar de relação entre dois sujeitos de direito *stricto sensu* no plano internacional, ou seja, entre Estados. Como havia uma parte privada – a empresa ARAMCO –, recorreu-se aos princípios gerais do DIPr, e, dentre eles, a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável ou, na falta de designação, a perquirição de qual a lei teria as partes pretendido escolher ao redigir as cláusulas contratuais.<sup>538</sup>

Na controvérsia envolvendo a British Petroleum (BP) e o governo da Líbia,<sup>539</sup> o contrato de concessão dispunha que suas cláusulas e as obrigações delas decorrentes estavam subordinadas aos princípios do direito líbio que fossem comuns aos do Direito Internacional e, na ausência desta similitude, aplicar-se-iam os princípios gerais de direito (PGD's) e aqueles reconhecidamente adotados pelos tribunais arbitrais. O tribunal arbitral, então, seguiu

<sup>534</sup> *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v The Libyan Arab Republic*. Laudo arbitral de 12 de abril de 1977. *International Law Reports*, v. 62, 1981, p. 150 et seq.

<sup>535</sup> Como informa R. Doak Bishop, para definir o que seriam “princípios gerais de direito”, o árbitro recorreu ao disposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que os define como sendo os princípios do direito internacional. BISHOP, R. Doak. *International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea*. *Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>536</sup> BISHOP, R. Doak. *International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea*. *Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>537</sup> *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO)*. Laudo arbitral de 23 de agosto de 1958. *International Law Reports*, v. 27, 1963, p. 117-55.

<sup>538</sup> BISHOP, R. Doak. *International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea*. *Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>539</sup> *Caso British Petroleum Co. (Libya) Ltd. (BP) v. Government of the Libyan Arab Republic*. Laudo arbitral de 10 de outubro de 1973. *International Law Reports*, v. 53, 1979, p. 329 et seq.

à risca o estipulado no contrato para aplicar os PGD's, rejeitando os argumentos da BP de que tais princípios só seriam aplicáveis se estivessem amparados tanto no direito líbio quanto no direito internacional e, na ausência de amparo, que deveria ser aplicado o direito internacional público.<sup>540</sup>

No caso *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrergesellschaft mbH (DST) v. Ras Al-Khaimah National Oil Co. (RAKOIL) and Shell International. Petroleum Co. Ltd.*,<sup>541</sup> o tribunal arbitral citou a jurisprudência já criada em torno dos casos envolvendo contratos de concessão para exploração e produção de petróleo, bem como contratos de prestação de serviço (por exemplo, a perfuração de poços), no sentido de que são aplicáveis os princípios do direito internacional que regem as relações contratuais.<sup>542</sup>

Para minimizar a possibilidade de conflitos de interesses entre partes privadas e Estados hospedeiros, muitos contratos previram a existência de “cláusulas de estabilização”, que podem assumir diversos matizes. Uma delas é a chamada “cláusula de intangibilidade”, que prevê que o governo não pode tomar qualquer medida unilateral no sentido de alterar cláusulas ou mesmo rescindir o contrato; outro tipo é a chamada “cláusula de estabilização *stricto sensu*”, que tem por objetivo determinar que o contrato seja regido pela lei vigente no momento da execução contratual; qualquer alteração subsequente desta lei não seria aplicável ao contrato. Um terceiro tipo é a cláusula que prevê expressamente a acalentada aplicação do princípio da boa-fé, também conhecido como confiança ou expectativa legítima,<sup>543</sup> também com o objetivo de impedir alterações ou rescisões unilaterais por parte do Estado hospedeiro.<sup>544</sup>

---

<sup>540</sup> BISHOP, R. Doak. International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea. *Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>541</sup> Caso *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrergesellschaft Mbh (DST) v. Ras al-Khaimah National Oil Co. (RAKOIL) and Shell International. Petroleum Co. Ltd.* Weekly Law Reports, v. 3, 1987, p. 1023 et. seq.

<sup>542</sup> BISHOP, R. Doak. International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea. *Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>543</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a oitava rodada de licitações. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.11-125. p. 55-65 (item 5.2).

<sup>544</sup> CURTIS, Christopher T. The Legal Security of Economic Development Agreements, 29 *Harvard International Law Journal*, v. 29, p. 317 et. seq., p. 317-8. (1988) *apud* BISHOP, R. DOAK; CRAWFORD, James; REISMAN, William Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials, and commentary*. Netherlands: Kluwer Law International, 2005. p. 295.



## 5.2 *Lex Petrolea* E O Direito Do Petróleo E Gás Constituem Uma Mesma Disciplina?

Se fôssemos traduzir literalmente *lex petrolea*, poderíamos encontrar duas expressões: lei (*stricto sensu*) ou direito do petróleo. A primeira acepção referir-se-ia a um ato normativo geral e abstrato, promulgado pelo órgão legislativo competente para reger o conjunto de direitos e obrigações atinentes aos sujeitos por ela regulados no âmbito de determinado ordenamento jurídico estatal, como, por exemplo, a Lei do Petróleo brasileira: em um diploma legislativo único, dispõe sobre o modelo de contratação com o Estado na indústria petrolífera, através do sistema de concessão das atividades de exploração e produção à iniciativa privada, assim como a regulação governamental dos assuntos atinentes à cadeia produtiva do petróleo e a criação do ente regulador (ANP) como mediadora (*lato sensu*) entre os interesses do Estado (ou governo) e os da indústria.

Na segunda acepção, o Direito do Petróleo (e Gás) constituiria uma disciplina jurídica, que compreenderia diversos ramos do direito interno, público ou privado, e também do Direito Comparado, que possuem inter-relação com os aspectos econômicos e técnicos relativos à indústria do petróleo, materializados tanto pela via contratual quanto pela via da atividade jurisdicional estatal ou arbitral.<sup>545</sup> Nos países do *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos, esta disciplina é bastante desenvolvida, sob a denominação de *Oil & Gas Law*. Assim sintetiza Marilda Rosado, sobre as discussões que existem no Canadá a respeito da autonomia da disciplina Direito do Petróleo e Gás:

(...) muito do que define o Direito do Petróleo como uma categoria jurídica especial origina-se das dificuldades únicas de aplicar-se o direito contratual e o direito de propriedade tradicionais a tal substância migratória localizada nas profundezas da terra, da dificuldade de detectar com certeza, o que exige operações técnicas complexas para sua produção, processamento e transporte. Outra observação de caráter geral diz respeito às evoluções mais recentes do Direito do Petróleo, que, entre outros aspectos, evoluiu de um ramo essencialmente privado para um ramo em que cresce a importância das questões de direito público.<sup>546</sup>

A *lex petrolea*, todavia, como dissemos, é a *lex mercatoria* dos contratos internacionais da indústria do petróleo, que materializam as relações comerciais e negociais

<sup>545</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2.

<sup>546</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 147.

da indústria. A natureza da *lex petrolea*, portanto, é eminentemente internacional, ainda que alguns de seus princípios possam integrar os sistemas jurídicos aos quais os ordenamentos internos se filiam, como o *Common Law*, o *Civil Law* ou o Direito Islâmico, ou serem adotadas supletivamente ao Direito do Petróleo e Gás de cada país.

Cumprido ressaltar que a *lex petrolea* incorporou aos usos e costumes especializados da indústria o princípio das “melhores práticas da indústria internacional do petróleo”. Este princípio surgiu de forma eminentemente autônoma a qualquer ordem jurídica estatal, mas foi incorporado à prática costumeira das atividades das empresas, nelas impactando profundamente, bem como se fez sentir e na regulação estatal, mediante a determinação, pelas legislações internacionais mais avançadas, que as empresas adotem o que há de melhor no mundo em termos de tecnologia e ciência para a exploração e produção de petróleo. Vemos tal princípio refletido em especial na esfera ambiental, onde se verifica obrigação de investimento pesado na prevenção de acidentes e desenvolvimento de técnicas de E&P que diminuam, cada vez mais, os impactos das atividades da indústria sobre o meio-ambiente.

No Brasil, pode-se dizer que a Lei nº 9.478/97 – a Lei do Petróleo, uma das mais avançadas do mundo, representa, em muitos aspectos, uma positivação da *lex petrolea*, pois vemos a adoção expressa do princípio das melhores práticas da indústria internacional do petróleo no seu artigo 44, VI,<sup>547</sup> bem como a preocupação com a proteção ao meio ambiente,<sup>548</sup> que não se restringe às atividades do *upstream*. Há, inclusive, destinação legal de

---

<sup>547</sup> **LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997**

**CAPÍTULO V – Da Exploração e da Produção**

**SEÇÃO V – Do Contrato de Concessão**

Art. 44. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a:

(...)

VI - adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive quanto às técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas.

<sup>548</sup> **LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997**

**CAPÍTULO I – Dos Princípios e Objetivos da Política Energética Nacional**

Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

(...)

IV - proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia;

**CAPÍTULO IV – DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)**

**SEÇÃO I – Da Instituição e das Atribuições**

Art. 8º. A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

(...)

IX - fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

**CAPÍTULO VI – Do Refino de Petróleo e do Processamento de Gás Natural**

parte das receitas oriundas das participações governamentais para os órgãos responsáveis direta ou indiretamente pelo fomento de práticas em favor do meio-ambiente no país.<sup>549</sup>

---

Art. 53. Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atenda ao disposto no art. 5o desta Lei poderá submeter à ANP proposta, acompanhada do respectivo projeto, para a construção e operação de refinarias e de unidades de processamento, de liquefação, de regaseificação e de estocagem de gás natural, bem como para a ampliação de sua capacidade. (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009)

§ 1º A ANP estabelecerá os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos a serem atendidos pelos proponentes e as exigências de projeto quanto à proteção ambiental e à segurança industrial e das populações. (grifos nossos)

#### **CAPÍTULO VII – Do Transporte de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural**

Art. 56. Observadas as disposições das leis pertinentes, qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá receber autorização da ANP para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, seja para suprimento interno ou para importação e exportação.

Parágrafo único. A ANP baixará normas sobre a habilitação dos interessados e as condições para a autorização e para transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego. (grifos nossos)

#### <sup>549</sup> **LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997**

Art. 49. A parcela do valor do royalty que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição: (Vide Lei nº 10.261, de 2001)

I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:

(...)

d) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias; (Redação dada pela Lei nº 11.921, de 2009) (grifos nossos)

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

f) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias. (Redação dada pela Lei nº 11.921, de 2009) (grifos nossos)

Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República. (Vide Lei nº 10.261, de 2001)

(...)

§ 2º Os recursos da participação especial serão distribuídos na seguinte proporção:

(...)

II - 10% (dez por cento) ao Ministério do Meio Ambiente, destinados, preferencialmente, ao desenvolvimento das seguintes atividades de gestão ambiental relacionadas à cadeia produtiva do petróleo, incluindo as consequências de sua utilização: (Redação dada pela lei nº 12.114, de 2009) (grifos nossos)

a) modelos e instrumentos de gestão, controle (fiscalização, monitoramento, licenciamento e instrumentos voluntários), planejamento e ordenamento do uso sustentável dos espaços e dos recursos naturais; (Incluído pela lei nº 12.114, de 2009)

b) estudos e estratégias de conservação ambiental, uso sustentável dos recursos naturais e recuperação de danos ambientais; (Incluído pela lei nº 12.114, de 2009)

c) novas práticas e tecnologias menos poluentes e otimização de sistemas de controle de poluição, incluindo eficiência energética e ações consorciadas para o tratamento de resíduos e rejeitos oleosos e outras substâncias nocivas e perigosas; (Incluído pela lei nº 12.114, de 2009)

d) definição de estratégias e estudos de monitoramento ambiental sistemático, agregando o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental específicos, na escala das bacias sedimentares; (Incluído pela lei nº 12.114, de 2009)

e) sistemas de contingência que incluam prevenção, controle e combate e resposta à poluição por óleo; (Incluído pela lei nº 12.114, de 2009)

f) mapeamento de áreas sensíveis a derramamentos de óleo nas águas jurisdicionais brasileiras; (Incluído pela lei nº 12.114, de 2009)

g) estudos e projetos de prevenção de emissões de gases de efeito estufa para a atmosfera, assim como para mitigação da mudança do clima e adaptação à mudança do clima e seus efeitos, considerando-se como mitigação

Por fim, damos um exemplo concreto de recepção contratual da *lex petrolea* no direito do petróleo e gás brasileiro, através da definição do que constituem as melhores práticas da indústria do petróleo, conforme previsão no item 1.2.24 do contrato de concessão da Décima Rodada de Licitações da ANP:

**CONTRATO DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL - ANP**

1.2.24 “Melhores Práticas da Indústria do Petróleo” significa **as práticas e procedimentos geralmente empregados na indústria de Petróleo em todo o mundo**, por Operadores prudentes e diligentes, sob condições e circunstâncias semelhantes àquelas experimentadas relativamente a aspecto ou aspectos relevantes das Operações, visando principalmente a garantia de:

(a) **conservação de recursos petrolíferos e gaseíferos**, que implica na utilização de métodos e processos adequados à **maximização da recuperação de hidrocarbonetos de forma técnica e economicamente sustentável**, com o correspondente controle do declínio de reservas, e à minimização das perdas na superfície;

(b) **segurança operacional**, que impõe o emprego de métodos e processos que assegurem a segurança ocupacional e a **prevenção de acidentes operacionais**;

(c) **preservação do meio ambiente e respeito às populações**, que determina a adoção de tecnologias e procedimentos associados à prevenção e à **mitigação de danos ambientais**, bem como o controle e o monitoramento ambiental das operações de exploração e produção de petróleo e gás.<sup>550</sup>

(grifos nossos)

### 5.3 Modalidades De Contratos Com O Estado Na Indústria Do Petróleo

A cadeia produtiva do petróleo é extremamente rica, na medida em que comporta a realização de atividades extremamente complexas, especialmente no segmento do *upstream*, que possui um caráter eminentemente internacional, em função da ação transnacional dos seus agentes. Desta forma, além das diversas modalidades contratuais entre empresas e Estados,

---

a redução de emissão de gases de efeito estufa e o aumento da capacidade de remoção de carbono pelos sumidouros e, como adaptação as iniciativas e medidas para reduzir a vulnerabilidade dos sistemas naturais e humanos frente aos efeitos atuais e esperados da mudança do clima; (Incluído pela lei nº 12.114, de 2009)

h) estudos e projetos de prevenção, controle e remediação relacionados ao desmatamento e à poluição atmosférica; (Incluído pela lei nº 12.114, de 2009)

i) iniciativas de fortalecimento do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA; (Incluído pela lei nº 12.114, de 2009)

II - 10% (dez por cento) ao Ministério do Meio Ambiente, destinados, preferencialmente, ao desenvolvimento das seguintes atividades de gestão ambiental relacionadas à cadeia produtiva do petróleo, incluindo as consequências de sua utilização: (Redação dada pela lei nº 12.114, de 2009)

<sup>550</sup> <[http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/editais/Modelo\\_Contrato\\_R10\\_%2030Out08.pdf](http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/editais/Modelo_Contrato_R10_%2030Out08.pdf)>

que analisaremos nos itens subseqüentes, há uma série de modalidades contratuais<sup>551</sup> entre partes privadas especificamente criadas para regular os interesses dos agentes, que serão apenas objeto de menção neste estudo, por fugir ao escopo deste trabalho.

São as seguintes as principais modalidades de contratos com o Estado (*State contracts*) na indústria do petróleo: (1) contrato de concessão (inclui a *licence* britânica e dos países do Mar do Norte); (2) *joint ventures* ou contratos de associação, incluindo os contratos para desenvolvimento compartilhado de reservatórios comuns; (3) contratos de partilha de produção (*production sharing agreements*); (4) contratos de serviço puro, incluindo a submodalidade prestação de serviços ou de empreitada com cláusula de risco; (5) *leases*; e (6) contratos de natureza híbrida.<sup>552</sup>

### 5.3.1 Contrato De Concessão E Licences

O contrato de concessão é a mais antiga e clássica forma de contratação na indústria do petróleo. Nos seus primórdios, a chamada concessão tradicional,<sup>553</sup> as petroleiras gozavam de grandes vantagens em função de sua superioridade econômica e técnica frente aos Estados hospedeiros. Dessa forma, além de conseguirem prazos bastante extensos, os limites territoriais das concessões eram bastante amplos, e o retorno exigido pelos governos, muito baixo. O risco para as empresas, portanto, era mínimo, o que tornava o petróleo uma *commodity* extremamente barata e acessível nos países

---

<sup>551</sup> Os modelos de contratos privados da indústria do petróleo são exemplos de fonte material da *lex petrolea*: representam verdadeiro mundo negocial autônomo que a indústria foi capaz de criar. A AIPN (*Association of International Petroleum Negotiators*) é uma das principais entidades no mundo a prover e aprimorar os modelos de contratos privados da indústria. Exemplos de modalidades de contratos privados no *upstream*: cessão de direitos (*farmout agreement*); operação conjunta (*joint operating agreement* ou *JOA*); unitização (*unitization* ou *unit operating agreement*). No *midstream*: levantamento ou suprimento de petróleo cru (*crude oil lifting agreement*); venda de petróleo cru (*crude oil sales agreement*); transporte de petróleo cru (*crude oil transport agreement*); contrato de venda de gás (*gas sales agreement*); contrato de processamento de gás natural (*gas processing agreement*); transporte de gás natural (*gas transport agreement*). Além disso, existem contratos de suporte a todos os ramos da indústria, como por exemplo os contratos de serviço (*service contracts*); contratos de realização ou venda de dados sísmicos (*seismic contract*) e contrato de perfuração de poço(s) (*drilling contract*). Para um estudo mais detalhado destas e outras modalidades de contratos da indústria do petróleo, vide MARTIN, A. Timothy. Model contracts: a survey of the global petroleum industry. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 22, n. 3, 2004. p. 281-340.

<sup>552</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Os contratos de exploração petrolífera: uma introdução In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo : LTr, 1996. Colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo Th. da Cunha. p. 702-6. p. 702-3.

<sup>553</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Os contratos de exploração petrolífera: uma introdução In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo : LTr, 1996. Colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo Th. da Cunha. p. 702-6. p. 703.

importadores.

O modelo evoluiu ao longo do tempo, embora seus traços principais tenham permanecido: o direito de a empresa petrolífera internacional explorar e produzir petróleo, do qual passa a ser a legítima proprietária, no caso de êxito. Nas chamadas “concessões do pós-guerra”,<sup>554</sup> houve um pequeno aumento das participações governamentais hauridas pelo Estado, mas permaneceu baixa a sua intervenção sobre as atividades das companhias estrangeiras.

Atualmente, as concessões possuem um caráter internacional, na medida em que o modelo foi exportado para diversos países. Como noticia Frank Cascio Jr., o modelo de concessão é hoje adotado em mais de cem países.<sup>555</sup> Entre suas características atuais, está a redução da duração contratual para um período entre duas e quatro décadas; a diminuição do tamanho dos blocos concedidos; a manutenção da garantia da propriedade do petróleo à empresa que o produz, e a liberdade de vendê-lo no mercado interno ou exportá-lo; além dos *royalties*, surgiram novas modalidades de participações governamentais, que aumentaram os ganhos do Estado hospedeiro: os bônus, geralmente pagos quando da assinatura do contrato, bem como as “chamadas taxas de aluguel, ocupação ou retenção de área”, calculadas em função do tamanho da área do bloco exploratório sob concessão.

Além dessas participações governamentais, incide a tributação normal da cadeia produtiva. Via de regra, as empresas devem se comprometer com um programa de trabalho mínimo na fase exploratória; todas as *facilities* empregadas na exploração e produção são de propriedade da concessionária, bem como a sua subcontratação junto a terceiros; a regulação estatal incidente sobre esses contratos é enxuta e tem por objetivo fazer valer o cumprimento das melhores práticas da indústria do petróleo, especialmente quanto aos aspectos relativos ao meio-ambiente e à segurança operacional. Por fim, vale ressaltar que o modelo de concessão estimula a máxima eficiência da empresa petrolífera, na medida em que os custos exploratórios e de produção são integralmente assumidos por

---

<sup>554</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Os contratos de exploração petrolífera: uma introdução In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo : LTr, 1996. Colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo Th. da Cunha.p. 702-6. p. 703.

<sup>555</sup> Major differences between U.S. and international E&P agreements (exploration and production). Adapted from CASCIO JR., Frank L. A practical look at the major differences between domestic and international exploration agreements. In: *Rocky Mountain Mineral Law Institute Proceedings*, v. 43, 1997. Chapter 12.

ela, sem possibilidade de abatimento quanto ao volume ordinário da produção.<sup>556</sup> Em alguns países, como no Brasil, os custos só podem ser abatidos quando o campo gera uma produção extraordinária, sobre a qual incide uma modalidade especial<sup>557</sup> de participação governamental, além daquelas ordinariamente previstas na legislação e no contrato.

As *licences* são um instrumento comum nos países europeus, especialmente no Reino Unido e nos países que compõem a província petrolífera do Mar do Norte. De acordo com a doutrina que procurou perquirir a natureza jurídica da *licence* no Reino Unido,<sup>558</sup> ela teria um aspecto híbrido: ao mesmo tempo em que, formalmente, assume caráter contratual, possui também um caráter regulatório, na medida em que pode vir a ser emendada unilateral e posteriormente por atos do Parlamento, por decisões judiciais ou mesmo por normas regulatórias supervenientes.

Porém, essa possibilidade de revisão está sujeita ao sistema de “*checks and balances*”, uma vez que o próprio Parlamento possui limites à sua atuação quanto à interferência nos direitos individuais, assim como a prática governamental deve estar atenta aos interesses da indústria.<sup>559</sup> As *licences* não podem ser vertidas ao português pura e simplesmente como “licenças”, uma vez que nossa melhor doutrina do Direito Administrativo conceitua a licença como ato jurídico unilateral da Administração em favor do administrado, ainda que vinculado por lei: “é o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos

<sup>556</sup> Major differences between U.S. and international E&P agreements (exploration and production). Adapted from CASCIO JR., Frank L. A practical look at the major differences between domestic and international exploration agreements. In: *Rocky Mountain Mineral Law Institute Proceedings*, v. 43, 1997. Chapter 12.

<sup>557</sup> Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República.

§ 1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os royalties, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor.

<sup>558</sup> ANENIH, Omon. *The UK petroleum production licence: is it a contract or regulation and does it matter?* Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/assets/images/Omon.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>559</sup> A esse respeito, o autor Omon Anenih, da Universidade de Dundee, considera que a *licence* tem natureza formalmente contratual, ainda que possua também, em si mesma, um aspecto regulatório: “Without doubt, the licence is contractual in form. Nonetheless, there is another side to the licence that is evidently regulatory. In answer to the question “What is the legal character of the production licence?” it is submitted that it is in fact a regulation masquerading as a contract. Mais à frente, conclui o autor que não é natureza jurídica da *licence* que protege o administrado, mas as próprias limitações existentes no direito inglês ao poder do Parlamento e da autoridade administrativa: “However, it is submitted that it is not the nature of the licence that protects the licensee, but the other limitations on the powers of parliament and actual government practice. The aim of the government is to ensure the possibility of carrying out petroleum development in a satisfactory manner while at the same time promoting national interest. The licence is not the aim itself, but a means of achieving it. This is what is to be focused on, and not the vehicle by which it is attained.” ANENIH, Omon. *The UK petroleum production licence: is it a contract or regulation and does it matter?* Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/assets/images/Omon.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

legais exigidos.”<sup>560</sup>

### 5.3.2 Joint ventures ou Contratos de Associação e Desenvolvimento Compartilhado de Reservatórios Comuns

As *joint ventures* são consideradas uma modalidade de contrato de associação entre Estado e iniciativa privada. O Estado participa, geralmente, através de uma pessoa jurídica por ele controlada, com natureza empresarial, que se associa à empresa petrolífera estrangeira não apenas na percepção de lucros, mas também na divisão de custos. Todavia, o Estado, através desta parceria, influi de uma forma mais direta nas decisões de investimento e operação,<sup>561</sup> com o principal objetivo de captar *know-how*, através de transferência de tecnologia e experiência das *International Oil Companies* (IOC's) para a empresa estatal.

Os autores não consideram a *joint venture* uma modalidade comum de contrato internacional, até porque ela é tida como um instituto jurídico que tem por objetivo a formação de parcerias, que podem assumir diversas formas: contratual, empresarial ou mesmo participação de capital em um empreendimento, via integralização ou subscrição de valores mobiliários. Além disso, as IOC's são relativamente refratárias à sua constituição, haja vista que não há uma garantia muito clara dos direitos de que serão investidas.<sup>562</sup> Apesar disso, existem algumas razões que tornam as *joint ventures* atrativas ao investidor privado, como informa Marilda Rosado:

(...) o desejo e a necessidade de diluir e minimizar os vários riscos inerentes à atividade; bem como dividir os investimentos necessários. Dentre os riscos inerentes à atividade de exploração e exploração de petróleo, destaca-se o risco geológico, pois diversas condições devem ser satisfeitas para a existência de uma acumulação de hidrocarbonetos (petróleo e gás natural). Mas, ainda que as condições geológicas para a existência de um reservatório de petróleo sejam promissoras, as condições políticas e fiscais do país hospedeiro também devem ser favoráveis para o sucesso comercial da

<sup>560</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 452.

<sup>561</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Os contratos de exploração petrolífera: uma introdução. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo : LTr, 1996. Colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo Th. da Cunha.p. 702-6. p. 703-4.

<sup>562</sup> Major differences between U.S. and international E&P agreements (exploration and production). Adapted from CASCIO JR., Frank L. A practical look at the major differences between domestic and international exploration agreements. In: *Rocky Mountain Mineral Law Institute Proceedings*, v. 43, 1997. Chapter 12.



empreitada.<sup>563</sup>

A faceta contratual das *joint ventures* é o JOA – *joint operating agreement*. Tal contrato tem por objetivo estabelecer o conjunto de obrigações a serem cumpridas pelas partes, a duração do contrato, a distribuição de custos e a divisão global da apropriação da produção petrolífera, de acordo com os custos ou investimentos previamente efetuados.<sup>564</sup>

No plano da cooperação internacional entre Estados, foram criados os acordos para desenvolvimento compartilhado de reservatórios comuns (*joint development of common reservoirs*), também conhecido como unitização internacional (*cross-border unitization*) quando um reservatório petrolífero, por sua extensão, acaba avançando sobre a fronteira de um país e estende-se a um ou a alguns outros,<sup>565</sup> especialmente nas áreas *offshore*. O exemplo clássico deste tipo de ocorrência dá-se na plataforma continental do Mar do Norte, envolvendo o Reino Unido e a Noruega.<sup>566</sup>

### 5.3.3 Contrato de Partilha de Produção ou *Production Sharing Agreement (PSA)*

O contrato de partilha de produção é adotado em países bastante dependentes da receita do petróleo ou com baixo grau de desenvolvimento.<sup>567</sup> Nesta modalidade de contrato, o grau de intervenção do país hospedeiro é bastante elevado, uma vez que o Estado se faz presente na gestão do contrato, e, na maioria dos casos, a empresa estatal já existente executa as atividades operacionais e efetua a gestão em seu nome. Há elevado grau de interferência nas opções técnicas e financeiras<sup>568</sup> adotadas pelas IOC's, embora o risco seja integralmente bancado pela empresa. O Estado estabelece o controle total sobre a produção, remunerando a

<sup>563</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 166-7.

<sup>564</sup> CAMERON, Peter D. The structure of petroleum Agreements. In: BEREDJICK, Nicky; WÄLDE, Thomas (Eds.). *Petroleum investment policies in developing countries*. London, Dordrecht, Boston: Graham & Trotman, 1988. p. 29-46. p. 44.

<sup>565</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 167.

<sup>566</sup> Para uma análise aprofundada dos *cross-border unitization agreements*, vide BASTIDA, Ana E.; IFESIOKOE, Aadaeze; MAHMUD, Salim; ROSS, James; WALDE, Thomas. *Cross-border unitization and joint development agreements: an international law perspective*. *Houston Journal of International Law*, v. 29, issue 2, 2007. p. 355-425.

<sup>567</sup> A maioria destes países está localizada na Ásia e na África. Países que adotam o modelo: Indonésia, Egito, Líbia, Malásia, Peru, Trinidad & Tobago, Costa do Marfim e Angola, dentre outros.

<sup>568</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Os contratos de exploração petrolífera: uma introdução In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo : LTr, 1996. Colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo Th. da Cunha.p. 702-6. p. 704.

parte privada com parcela do petróleo equivalente aos custos de operação (custo em óleo) somada a uma parcela fixa previamente acordada pelas partes. No caso de abandono das atividades ou de término da produção por perda de economicidade, não há reversão de bens ao contratante: passam automaticamente para o domínio estatal.

O contrato de partilha de produção, à semelhança do contrato de concessão, geralmente exige da empresa contratante a realização de um programa de trabalho, acompanhado de compromissos financeiros assumidos por períodos de tempo definidos; incide sobre a renda auferida pela IOC a tributação normal, bem como algumas participações governamentais previstas no modelo de concessão, como o bônus de assinatura.<sup>569</sup>

Como diferenças, podemos dizer que o modelo de contratação por partilha de produção exige uma estrutura estatal mais complexa e “inflada”, na medida em que há a concorrência da autoridade ministerial, que outorga os contratos; a criação de uma empresa estatal com poderes específicos para a gestão dos contratos, com assento nos comitês operacionais formados para tal fim; na maioria dos países, há outra empresa estatal que atua em exploração e produção petrolífera, que também possui participação nos contratos, inclusive como operadoras; pode haver, também, a existência de um órgão regulador responsável por editar normas sobre as mais variadas matérias e fiscalizar o cumprimento das atividades, com base nas normas prescritas.

Uma crítica bastante corrente em doutrina é a de que os contratos de partilha de produção induzem a uma assimetria de interesses entre a parte privada e o Estado. Ambas desejam maximizar suas receitas e, para tanto, o Estado procura garantir a maior renda líquida possível da produção petrolífera; já as empresas, de modo a garantir receitas crescentes, tendem a inflar os custos de produção, para garantir uma maior parcela relativa ao custo em óleo, uma vez que o ganho de parcela da produção é pré-fixado contratualmente. Tal forma de proceder estimula a ineficiência dos projetos de exploração e produção, haja vista que o custo é integralmente abatido da produção bruta de petróleo e gás.<sup>570</sup>

---

<sup>569</sup> R. Doak Bishop informa que através da junção desses aspectos do modelo de concessão ao modelo de partilha, bem como a participação da empresa estatal nos projetos, a parcela do Estado pode chegar a 90% da receita bruta auferida. BISHOP, R. Doak. *International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea*. *Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>570</sup> Major differences between U.S. and international E&P agreements (exploration and production). Adapted from CASCIO JR., Frank L. A practical look at the major differences between domestic and international exploration agreements. In: *Rocky Mountain Mineral Law Institute Proceedings*, v. 43, 1997. Chapter 12.

### 5.3.4 Contratos de Serviço

Nesta modalidade contratual, a petrolífera internacional é contratada como mera prestadora de serviço. Seu pagamento pode ser em pecúnia ou em óleo, e o Estado detém controle total sobre as *facilities* (equipamentos e meios de produção).<sup>571</sup> Os principais países que adotam este modelo são o México e o Irã.

Entre as submodalidades de contratos de serviços, encontramos os *management contracts* e os *turnkey contracts*. Os contratos de gestão têm por objeto a contratação, pelo Estado hospedeiro, de serviços de assistência operacional para uma ou mais de suas instalações, mediante pagamento ou parcela da produção. A empresa é contratada por empreitada, mantendo, portanto, sua independência em relação ao *host government* contratante.<sup>572</sup> Já os contratos “*turnkey*” são uma espécie de subcontratação, pelas empresas estatais dos países hospedeiros, de serviços de instalação de unidades de operação ou de plataformas: nesses contratos, enquanto o Estado entra com o financiamento, a empresa privada efetua transferência de tecnologia, e a sua característica principal é a de que o objeto contratual não se encerra até o início da entrada em produção da unidade – literalmente, o “giro da chave”.<sup>573</sup>

#### 5.3.4.1 Contratos de Prestação de Serviços ou de Empreitada com Cláusula de Risco

Os contratos de serviço ou de empreitada com cláusula de risco foram adotados, principalmente, nos países da América do Sul e da antiga União Soviética. Preveem o mecanismo geral de remuneração das petrolíferas privadas por tipo de serviço prestado. O diferencial deste tipo de contrato é a presença da cláusula de risco: só haverá reembolso de despesas e remuneração adicional à empresa prestadora caso haja descoberta comercial ou produção em bases economicamente viáveis. Há pagamento normal de tributos por conta dos

---

<sup>571</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Os contratos de exploração petrolífera: uma introdução In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo : LTr, 1996. Colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo Th. da Cunha. p. 702-6. p. 704.

<sup>572</sup> MANIRUZZAMAN, A. F. M. The new generation of energy and natural resource development agreements: some reflections. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 11, issue 4, 1993. p. 207-47. p. 218-9.

<sup>573</sup> *Ibid.*, p. 219.

lucros auferidos, e as *facilities* passam, ao final, para as mãos do Estado.<sup>574</sup> A esse respeito, Marilda Rosado aponta as especificidades do contrato de risco brasileiro, que deixaram de ser celebrados após a promulgação da Constituição da República de 1988, ressalvada a vigência daqueles já em curso:<sup>575</sup>

no modelo do contrato de risco brasileiro destaca-se a adoção do chamado *ring fence mechanism*, segundo o qual os recursos para pagamento da contratante não podem vir de fora do campo pertinente; o modelo brasileiro de contrato de risco, típica forma híbrida que aglutinou traços de outras formas contratuais, também reexportou algumas de suas soluções para outros países, que mandaram missões para estudar o nosso contrato.<sup>576</sup>

### 5.3.5 Leases

O *lease* é um instituto surgido nos Estados Unidos que guarda semelhanças com o sistema de concessões e com a *licence* britânica, por também ter uma origem contratual, porém possui algumas nuances significativas, especialmente em relação à variabilidade do regime jurídico conforme a titularidade dos direitos sobre o solo. Nas áreas privadas localizadas em terra, o dono da terra (*land owner*) é também o proprietário das riquezas minerais e dos hidrocarbonetos que encontrar no subsolo (*subsurface rights*), podendo explorá-los por sua conta e risco ou celebrar o *lease* com empresas petrolíferas. O mesmo raciocínio se aplica às terras públicas estaduais e federais, porém a exploração desses recursos se dará pela outorga, à parte privada interessada, de *leases*, pelo respectivo Estado ou pela União; e nas áreas *offshore*, a titularidade do petróleo é da União, cabendo a ela regular o

<sup>574</sup> Major differences between U.S. and international E&P agreements (exploration and production). Adapted from CASCIO JR., Frank L. A practical look at the major differences between domestic and international exploration agreements. In: *Rocky Mountain Mineral Law Institute Proceedings*, v. 43, 1997. Chapter 12.

<sup>575</sup> **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**  
**REDAÇÃO ORIGINAL DO ARTIGO 171, § 1º (ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9/95)**  
Art. 177. Constituem monopólio da União:

(...)

§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º. (grifos nossos)

#### **TÍTULO X – ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS**

Art. 45. (...)

Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição

<sup>576</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Os contratos de exploração petrolífera: uma introdução In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo : LTr, 1996. Colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo Th. da Cunha.p. 702-6. p. 704-5.

regime de outorga, através do *lease*.

A modalidade de *lease* mais difundida nos Estados Unidos se dá entre partes privadas: o dono da terra ou *lessor* outorga, através de contrato, o direito de superfície a uma empresa petrolífera (outorgado ou *lessee*) para que explore e produza petróleo e gás existente no subsolo (*subsurface*). A outorga do direito de superfície se dá em sentido amplo, para que o *lessee* possa desempenhar todas as atividades necessárias para o desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Em geral, não há uma pré-limitação de tempo definido para a duração de um *lease*: basta que a produção do reservatório se dê em condições econômica e comercialmente viáveis.<sup>577</sup>

Até a extração do “primeiro óleo”, o *lessee* assume todas as despesas relativas ao desenvolvimento do campo, o que significa dizer que o *lessor* não possui qualquer gerência sobre as atividades desempenhadas pela empresa petrolífera. Extraído petróleo e gás, sua propriedade passa a ser integralmente de quem o produz; todavia, são devidas participações ao *lessor*: royalties, bônus de assinatura, pagamento por retenção de área, além dos tributos normalmente incidentes sobre a cadeia produtiva. O *lease* garante que todas as *facilities* são de propriedade do *lessee*; não havendo produção ou sendo essa de baixa viabilidade econômica, os direitos conferidos pelo *lease* são automaticamente extintos.<sup>578</sup>

### 5.3.5.1 Os *Leases* nas Áreas de Domínio Público

A Constituição dos Estados Unidos, em seu artigo 4º, Seção III, 2ª parte,<sup>579</sup> prevê que o Congresso tem poderes para dispor e aprovar todas as normas e regras necessárias relativas ao território ou outros bens que pertençam ao país, e nada na Constituição deve ser estatuído

<sup>577</sup> Major differences between U.S. and international E&P agreements (exploration and production). Adapted from CASCIO JR., Frank L. A practical look at the major differences between domestic and international exploration agreements. In: *Rocky Mountain Mineral Law Institute Proceedings*, v. 43, 1997. Chapter 12.

<sup>578</sup> Major differences between U.S. and international E&P agreements (exploration and production). Adapted from CASCIO JR., Frank L. A practical look at the major differences between domestic and international exploration agreements. In: *Rocky Mountain Mineral Law Institute Proceedings*, v. 43, 1997. Chapter 12.

<sup>579</sup> Tradução livre. No original:

#### **CONSTITUTION OF THE UNITED STATES**

#### **Article IV**

#### **Section III**

(...)

The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State. UNITED STATES OF AMERICA. United States Constitution. Disponível em: <[http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

para prejudicar as reivindicações da União ou de um de seus Estados em particular. Partindo da constatação de que a Constituição norte-americana é uma constituição enxuta ou sintética e que prevê, em sua essência, normas materialmente constitucionais,<sup>580</sup> deixou a regulamentação do assunto ao que lá se chama de *Statute* ou *Act*.

Conforme noticia Bernard Taverne, a primeira legislação a regulamentar as atividades de E&P em terras federais foi o Mineral Leasing Act de 1920. Vemos, então, um interessante fenômeno de materialização da *lex petrolea*: houve a incorporação da prática corrente nos contratos privados da indústria do petróleo à legislação. O sistema previsto em lei prevê uma espécie de *application* dos interessados a explorar e produzir petróleo e gás nas terras federais de domínio público. De acordo com esse sistema de *application*, o Departamento do Interior, através do *Bureau of Land Management* outorga o *lease* ao proponente. Segundo o autor, o Mineral Leasing Act de 1920 faz uma distinção entre áreas com conhecimento geológico conhecido para produção de petróleo e gás (*known geological structure of a producing oil or gas* ou *KGS-lands*), para o qual é previsto um sistema parecido com a nossa licitação (*auction*). As áreas sobre as quais o governo não dispõe de conhecimento geológico suficiente são submetidas a um sistema de outorga direta (*non-competitive leases*).<sup>581</sup>

O Federal Energy Policy Act,<sup>582</sup> de 2005, é a lei que, atualmente, disciplina o setor de energia nos Estados Unidos. Tal lei emendou a seção 20 do Geothermal Steam Act, de 1970, que trata da repartição da receita produto das *auctions* (espécie de sistema competitivo de outorga, similar à nossa licitação), de bônus, aluguéis e *royalties*, prevendo que, à exceção das

<sup>580</sup> Nesse ponto, pertinente a assertiva do professor Luís Roberto Barroso de que “a Constituição material, efetiva, de um Estado pode mais facilmente ser identificada nos costumes e praxes constitucionais do que no texto propriamente dito.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 143. Para maior aprofundamento destes conceitos, vide BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 55-6 e 78 (nota 8).

<sup>581</sup> TAVERNE, Bernard. *Petroleum, industry and governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. 2<sup>nd</sup>. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; Frederick: Aspen Publishers, 2008. p. 164. International energy and resources law and policy series, v. 15.

<sup>582</sup> Nova redação do *Geothermal Steam Act*, dada pelo Federal Energy Policy Act, de 2005. UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Energy Policy Act of 2005*. Disponível em: <[http://www.epa.gov/oust/fedlaws/publ\\_109-058.pdf](http://www.epa.gov/oust/fedlaws/publ_109-058.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

**SEC. 20. DISPOSAL OF MONEYS FROM SALES, BONUSES, RENTALS, AND ROYALTIES**

(a) IN GENERAL. Except with respect to lands in the State of Alaska, all monies received by the United States from sales, bonuses, rentals, and royalties under this Act shall be paid into the Treasury of the United States. Of amounts deposited under this subsection, subject to the provisions of subsection (b) of section 35 of the Mineral Leasing Act (30 U.S.C. 191(b)) and section 5(a)(2) of this Act

(1) 50 percent shall be paid to the State within the boundaries of which the leased lands or geothermal resources are or were located; and

(2) 25 percent shall be paid to the county within the boundaries of which the leased lands or geothermal resources are or were located.

(b) USE OF PAYMENTS. Amounts paid to a State or county under subsection (a) shall be used consistent with the terms of section 35 of the Mineral Leasing Act (30 U.S.C. 191).

terras do Estado do Alasca,<sup>583</sup> toda receita recebida pelos EUA que tenham as origens mencionadas deve ser revertida ao Tesouro norte-americano. Das quantias depositadas, 50% (cinquenta por cento) devem ser pagos ao Estado em cujas fronteiras o *lease* ou os recursos geotérmicos estão localizados, e 25% (vinte e cinco por cento) às municipalidades cujos limites as áreas abrangidas pelos *leases* ou recursos geotérmicos estão localizados. As quantias pagas aos Estados e Municípios devem ter a destinação prevista no Mineral Leasing Act.

### 5.3.5.2 Os *Leases* na Plataforma Continental Externa (*Outer Continental Shelf*)

O Submerged Lands Act (SLA), de 1953, garante aos Estados o direito aos recursos naturais das áreas submersas da linha da costa até a distância de aproximadamente 5,6 quilômetros (3 milhas náuticas) nos Oceanos Atlântico, Pacífico e Ártico, bem como no Golfo do México. As únicas exceções são o Texas e a costa oeste da Flórida, onde a jurisdição estadual se estende da linha da costa até aproximadamente 16,6 quilômetros (3 léguas marítimas) adentro do Golfo do México.<sup>584</sup>

A Lei também reafirmou o controle federal sobre as áreas da parte externa da plataforma continental, que consistem as áreas submersas além das jurisdições estaduais, através da aprovação do Outer Continental Shelf Lands Act em 1953, que estabeleceu a responsabilidade do governo federal sobre essas áreas, e autorizou o Secretário do Interior a outorgá-las para a exploração mineral por meio de *leases*, a expedir normas regulatórias que evitassem o desperdício e a depletação acelerada dos recursos, preservando, assim, sua máxima conservação.<sup>585</sup>

Os *leases* emitidos e administrados nessas áreas são uma espécie de autorização dada pelo Secretário de Energia<sup>586</sup> (exercendo a competência que, em geral, é do Secretário de

<sup>583</sup> O Estado do Alasca recebe 27% de todas as receitas geradas a partir das concessões federais entre 4,8 e 9,6 km da costa, e 50% desse dinheiro é distribuído para uma conta do fundo permanente do Estado. UNITED STATES OF AMERICA. *MMS Beaufort Sea Lease Sale 202 Garners \$42 Million*. Disponível em: <<http://www.mms.gov/oc/p/press/2007/press0418.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>584</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Submerged Lands Act*. Disponível em: <<http://www.boemre.gov/aboutBOEMRE/pdf/files/submerged.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>585</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Outer Continental Shelf Lands Act*. Disponível em: <[http://www.onrr.gov/laws\\_r\\_d/PubLaws/PDFDocs/LandsAct1953.pdf](http://www.onrr.gov/laws_r_d/PubLaws/PDFDocs/LandsAct1953.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>586</sup> Como informa Bernard Taverne, Lei (Act) editada em 1977 pelo Congresso Norte-Americano criou o Departamento de Energia e, juntamente com ele, a FERC (*Federal Energy Regulatory Commission*), uma espécie de órgão regulador para a área de energia nos Estados Unidos. TAVERNE, Bernard. *Petroleum, industry and governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. 2<sup>nd</sup>. ed. Alphen aan

Interior) para exploração, desenvolvimento e produção mineral que, nos EUA, inclui os hidrocarbonetos.<sup>587</sup> Segundo Taverne, os *leases* para essas áreas são emitidos com base em um sistema de apresentação de ofertas sujeitas ao sistema de competição (*competitive biddings*), muito próximo do que entendemos no Brasil como licitação.<sup>588</sup>

### 5.3.5.3 Os *Leases* e a Legislação dos Estados da Federação Norte-Americana

Os estados da federação norte-americana têm autonomia para editar leis e normativas que regulamentem as atividades de exploração e produção de petróleo e gás, quando extraídos em propriedades privadas, bem como nas terras públicas estaduais, uma vez que se aplica a

---

den Rijn: Kluwer Law International; Frederick: Aspen Publishers, 2008. p. 166. International energy and resources law and policy series, v. 15.

<sup>587</sup> Existe uma polêmica a respeito da natureza mineral ou não do petróleo. Especialistas da empresa Schumberger se defrontaram com esta dúvida, e assim concluíram: “uma rocha é qualquer depósito natural que faz parte da crosta terrestre, estando ela firme ou não, quando encontrada em extratos naturais. Portanto, camadas macias de areia, terra e argila são rochas. Geralmente, as rochas são sólidas, mas podem ser encontradas em estado líquido ou gasoso. Um mineral é uma substância natural, sólida, inorgânica, homogênea e possui composição química definida; além de cor, solidez e estrutura cristalina característicos. O petróleo natural (petróleo cru) encontrado no subsolo é uma mistura de substâncias com composição química muito variável, o que faz dele uma rocha e não um mineral.” Vide SCHLUMBERGER EXCELLENCE IN EDUCATIONAL DEVELOPMENT. *Petróleo: o petróleo cru é um mineral?* Disponível em: <<http://www.seed.slb.com/v2/FAQView.cfm?ID=1096&Language=PT>> Acesso em: 25 nov. 2010. Aparentemente, no Brasil, o tratamento jurídico é diferenciado, pois o texto constitucional define como bens da União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (artigo 20, inciso V da CRFB/88) e também os recursos minerais presentes no subsolo (artigo 20, inciso IX da CRFB/88): o petróleo e o gás natural estariam enquadrados na categoria “recursos naturais”. Todavia, a dúvida permanece quando analisamos o § 1º do artigo 20 da Carta Política, na medida em que trata do petróleo e gás natural e, mais à frente, menciona “outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva”. Todavia, regra clássica da melhor hermenêutica estatui que o constituinte ou legislador não utiliza palavras inúteis – *verba cum effectu sunt accipienda* (cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 91 e 204), a *contrario sensu* do que já dizia o brocardo romano *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (onde a lei não distingue, não devemos distinguir – Ibid., p. 201). Portanto, apesar da “derrapada” cometida no § 1º do artigo 20 da Constituição, o legislador efetuou a distinção, quando disciplinou a matéria em incisos diferentes do artigo 20. *In verbis*:

#### **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Art. 20. São bens da União:

(...)

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; (grifos nossos)

(...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; (grifos nossos)

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. (grifos nossos)

<sup>588</sup> TAVERNE, Bernard. *Petroleum, industry and governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. 2<sup>nd</sup>. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; Frederick: Aspen Publishers, 2008. p. 168. International energy and resources law and policy series, v. 15.



regra geral de que o dono do solo também é proprietário das riquezas do subsolo. As leis estaduais, todavia, não têm por objetivo interferir na propriedade privada, mas sim cuidar do poder de polícia administrativa, no sentido de regulamentar o exercício das melhores práticas da indústria quanto ao meio-ambiente e o menor impacto possível sobre as populações. Todavia, como informa Bernard Taverne, tais regulações acabam interferindo na forma com que o proprietário ou o *lessee* extraem o petróleo e gás, principalmente para evitar os efeitos da exploração predatória dos recursos, que se deu quando da prática da *rule of capture*, e buscar-se a melhor relação entre maior produção e a menor depleção possível dos reservatórios, visando à maior recuperação dos recursos petrolíferos.<sup>589</sup>

#### 5.3.5.4 O Caso Particular do Estado do Texas

Como o interesse no desenvolvimento comercial da produção de petróleo e gás natural aumentou nos anos 1940, o controle sobre esses recursos tornou-se uma questão central, especialmente em relação às áreas *offshore*, para as quais a indústria petrolífera passou a se expandir. A disputa mais relevante foi entre o governo federal e o Estado do Texas sobre pouco mais de 10 mil quilômetros quadrados de áreas submersas no Golfo do México.

O Congresso norte-americano resolveu tal litígio em 1953, com a aprovação do Submerged Lands Act (SLA), que estabeleceu o direito e a propriedade ao governo federal das áreas submersas localizadas na maior parte da margem continental. Aos Estados foi dada jurisdição sobre todos os recursos naturais localizados até 5,6 quilômetros da linha da costa, à exceção do Texas e da costa oeste da Flórida, para os quais a lei estendeu a jurisdição, no Golfo do México, a 16,6 quilômetros.

As autoridades federais e os aspirantes a concessionários começaram a forçar o reconhecimento da propriedade federal sobre essas áreas para reduzir os custos de exploração e produção. Uma das grandes controvérsias desta natureza envolveu o direito às áreas submersas localizadas na costa do Texas até 16,6 quilômetros da costa até o Golfo do México, também denominadas águas territoriais.

---

<sup>589</sup> A exceção se dará quando as terras atualmente privadas foram, outrora, de propriedade do governo federal e não houve a transferência de propriedade sobre os recursos do subsolo, mas apenas da superfície, situação em que a regulação desses recursos fica a cargo da União. TAVERNE, Bernard. *Petroleum, industry and governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. 2<sup>nd</sup>. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; Frederick: Aspen Publishers, 2008. p. 171-2. *International energy and resources law and policy series*, v. 15.

O Texas adquiriu tais áreas quando conquistou sua independência do México em 1836, e permaneceu como nação independente durante nove anos. Em 1845, os Estados Unidos reconheceram a fronteira marítima diferenciada, quando da negociação do ingresso do Texas na União. Na década de 1940, mesmo quando a Suprema Corte colocou-se contra os direitos de propriedade da Califórnia e outros Estados costeiros,<sup>590</sup> muitas autoridades federais tinham ciência de que o Texas era um assunto à parte, uma vez que ingressou na União voluntariamente como um país independente, sob a condição de que manteria os direitos sobre as áreas submersas distando até 16,6 quilômetros da costa.

Logo depois da eleição de 1948, contudo, o presidente Truman ingressou contra o Estado do Texas na Suprema Corte<sup>591</sup> e obteve decisão de que a soberania nacional implica a transferência das áreas *offshore* aos Estados Unidos. O Congresso, em duas oportunidades, uma em 1946 e outra em 1952, aprovou leis restituindo aos Estados o direito a todas as áreas submersas dentro de suas respectivas fronteiras, mas o presidente Truman as vetou. A material tornou-se uma das matérias mais sensíveis da eleição presidencial de 1952, quando o candidato Dwight Eisenhower declarou-se a favor do direito dos Estados, comprometeu-se a promulgar qualquer lei que fosse aprovada pelo Congresso neste sentido, o que, de fato, fez em 1953.

A última controvérsia surgiu em 1957, quando o Procurador-Geral ingressou com uma demanda contra o Texas, alegando que sua fronteira legal e o direito de propriedade se estendia apenas a 3 milhas náuticas, ou 5,6 quilômetros,<sup>592</sup> e não a três léguas, ou 16,6 quilômetros<sup>593</sup> da costa. O Texas ganhou a batalha na Suprema Corte em 1960<sup>594</sup> e, desde então, mantém sua fronteira de 3 léguas ou 16,6 quilômetros das águas do Golfo do México.

Toda essa discussão é importante para pontuar que dentro dos países, especialmente aqueles que são organizados sob o modelo federativo, existem conflitos sobre o controle dos recursos naturais e a distribuição dos recursos deles provenientes.<sup>595</sup>

---

<sup>590</sup> Caso *United States v. California*. 332 U. S. 19, 1947.

<sup>591</sup> Caso *United States v. Texas*. U. S. 707, 1950.

<sup>592</sup> *Nautical Miles to Meters Conversion*. Disponível em: <<http://www.metric-conversions.org/length/nautical-miles-to-meters.htm>>. Acesso em: 04 dez. 2010.

<sup>593</sup> *Nautical Leagues to Meters Conversion*. Disponível em: <<http://www.metric-conversions.org/length/nautical-leagues-to-meters.htm>>. Acesso em: 04 dez. 2010.

<sup>594</sup> Caso *United States v. Louisiana et. al.*. 363 U.S. 1, 1960.

<sup>595</sup> No Brasil, está havendo conflito entre os Estados da federação sobre a possível apropriação dos recursos a serem criados com a aprovação do Fundo Social do Pré-Sal, pelo Projeto de Lei nº 5940/2009 que foi emendado para incluir dispositivos que retiram recursos dos Estados confrontantes à plataforma continental e os redistribui igualmente entre todos os Estados e Municípios. Em 03 de dezembro último, a Câmara dos Deputados comunicou ao Senado, através do ofício nº 917/10/PS-GSE o envio enviou do Projeto de Lei à Presidência da República para sanção. O Presidente da República deverá vetar o texto proveniente da mencionada emenda. O ESTADO DE SÃO PAULO. *Lula Propõe Pré-Sal com Novo Rateio de Royalties*. Disponível em:

### 5.3.6 Contratos de Natureza Híbrida

Os contratos de natureza híbrida são construções efetuadas pelos Estados no sentido de tentar extrair os maiores benefícios possíveis de cada uma das modalidades contratuais tradicionais. Exemplos: os contratos de partilha de produção que prevêm pagamento de *royalties*, tradicionalmente presentes nos contratos de concessão ou *licences* e nos *leases*; pode haver recuperação de custos dentro do modelo de concessão (e isso ocorre no modelo brasileiro, quando incidem sobre a produção excepcional as chamadas participações especiais),<sup>596</sup> ou seja: nessas formas híbridas, são adotados vários aspectos dos diferentes modelos a um só tempo. Frank Cascio Jr.<sup>597</sup> menciona, por exemplo, que a Indonésia criou modelos particulares, tais como:

- (i) **contratos de avaliação técnica** – contratos de curta duração que garantem a uma empresa o levantamento e o estudo de dados de determinada área, facultando-lhe a apresentação de oferta posterior em processo licitatório;
- (ii) **contratos de assistência técnica** – o objeto é a recuperação de campos de petróleo onde já houve produção;
- (iii) **contratos para incremento do fator de recuperação de petróleo** – o objeto é o implemento de tecnologias que permitam aumentar a produtividade de campos maduros, com curva declinante de produção, com a repartição, entre empresa e Estado, das receitas

---

<<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2010/12/3/lula-propoe-pre-sal-com-novo-rateio-de-royalties>>. Acesso em: 04 dez. 2010.

<sup>596</sup> **LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997** – Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República.

§ 1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os royalties, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor. (grifos nossos)

(...)

<sup>597</sup> Major differences between U.S. and international E&P agreements (exploration and production). Adapted from CASCIO JR., Frank L. A practical look at the major differences between domestic and international exploration agreements. In: *Rocky Mountain Mineral Law Institute Proceedings*, v. 43, 1997. Chapter 12.

oriundas do excedente produzido; e

(iv) **contratos de financiamento** – o Estado financia a empresa que, por sua vez, liquida a dívida com a produção de petróleo.

No Brasil, a proposta de adoção do modelo de partilha de produção é a sua implantação nas áreas de alta produtividade da camada pré-sal,<sup>598</sup> e o modelo de concessão continue vigente para aquelas menos interessantes, ou com maior risco geológico, dada a ausência de dados ou o pouco conhecimento técnico de extensas áreas de nossas bacias sedimentares.<sup>599</sup>

### 5.3.7 Considerações Gerais

De fato, a convivência de modelos de contratação distintos em um mesmo Estado (e essa é uma discussão aplicável ao momento atual do Brasil, pois, dentre em breve, o modelo de concessão conviverá com o de partilha de produção), bem como a própria existência de modelos distintos de contratos resume-se a uma única finalidade: a tentativa de obtenção de maior retorno econômico por parte do Estado hospedeiro sobre a produção petrolífera, diante do portfólio de áreas atrativas a serem apresentadas às petroleiras.

A bem da verdade, países considerados de baixo potencial procuram oferecer condições mais atrativas aos investidores internacionais, incluindo aqueles que possuem uma

---

#### <sup>598</sup> **REDAÇÃO FINAL DO PROJETO DE LEI Nº 5.938-A DE 2009 – CÂMARA DOS DEPUTADOS**

Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências.

#### **CAPÍTULO II**

#### **DAS DEFINIÇÕES TÉCNICAS**

Art. 2º Para os fins desta Lei, ficam estabelecidas as seguintes definições:

I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, bem como a parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato;

(...)

IV - área do pré-sal: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas, em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico

<sup>599</sup> Segundo dados coligidos pela Superintendência de Promoção de Licitações da ANP, atualizados até outubro/2010, o Brasil possui 29 bacias sedimentares com potencial para exploração de petróleo e gás, com 7,5 milhões de km<sup>2</sup> de extensão. Desses, 2,5 milhões de km<sup>2</sup> são no mar e 5,0 milhões de km<sup>2</sup>, em terra. Somente 4,57% desta área está sob concessão para atividades de E&P, havendo 356 blocos exploratórios, com 320.649,68 km<sup>2</sup> ou 4,28% de área concedida em exploração e 380 campos, mais 15 correspondentes a áreas com acumulações marginais, totalizando 21.968,19 km<sup>2</sup> ou 0,29% de área concedida na Fase de Produção.

tradição privatista forte, como os EUA e os países europeus; já os países com médio potencial ou detentores de verdadeiras províncias petrolíferas tendem a maximizar as possibilidades de retorno do Estado, preocupando-se muito pouco com a oferta de atratividade jurídico-institucional ao mercado. Todavia, esse almejado retorno pode ser obtido através de qualquer das modalidades apresentadas, em função da virtual liberdade de formulação e pactuação entre as empresas e o Estado que, por si só, já caracteriza um hibridismo de formas<sup>600</sup> e, portanto, conduz à obtenção de resultados semelhantes, independentemente do modelo adotado ou a sê-lo no futuro.

É interessante notar que as legislações do petróleo mais avançadas, além de apontar um único modelo de contratação, estabelecem também as cláusulas essenciais dos contratos, o que caracteriza uma verdadeira modelagem ou moldura legal de um contrato-tipo entre Estado e partes privadas e a respectiva vinculação do instrumento contratual às linhas-mestras previstas na lei. Essa estruturação jurídica nos ordenamentos nacionais consagra o princípio da segurança jurídica, haja vista que o investidor, de antemão, tem acesso não só aos princípios básicos que norteiam a contratação petrolífera em determinado país, bem como às regras específicas que, abstratamente previstas em lei, serão concretizadas no instrumento contratual. Esse é um dado importante, haja vista que as empresas petrolíferas poderão avaliar, antes de decidir por investir em determinado Estado, se a legislação, a contratação e a regulação delas decorrente estão alinhadas às práticas e tendências da *lex petrolea*.<sup>601</sup>

A *lex petrolea* – tal qual sucede à *lex mercatoria*, vez que é aquela é considerada uma ramificação dessa – alimenta e é retroalimentada pelos princípios gerais do DIPr, pelos contratos-tipo e pelas cláusulas especiais ou essenciais neles insertas, pelos usos e costumes específicos da indústria petrolífera (as “melhores práticas”) e, também, pelo trabalho das associações profissionais, como a AIPN, que põem à disposição de Estados e, principalmente, das partes privadas, diversos modelos de contratos e sugestão para redação de suas cláusulas.<sup>602</sup>

---

<sup>600</sup> A esse respeito, vide WÄLDE, Thomas. Investment Policies in the international petroleum industry: responses to the current crisis. In: BEREDJICK, Nicky; WÄLDE, Thomas (Eds.). *Petroleum investment policies in developing countries*. London, Dordrecht, Boston: Graham & Trotman, 1988. p. 7-27. p. 13.

<sup>601</sup> Como vimos, essas práticas e tendências estão materializadas nos princípios e instrumentos que materializam a *lex petrolea*. Entendemos que a atual Lei do Petróleo brasileira encontra-se entre as mais avançadas do mundo, pois adota expressamente, como vimos, as melhores práticas da indústria do petróleo como princípio reinante das atividades da indústria do petróleo no país, bem como a autorização legislativa para a adoção da arbitragem internacional como mecanismo de solução de controvérsias, também alinhada com as modernas tendências do direito internacional.

<sup>602</sup> ALVES, Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso. *Lex Petrolea: o Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209-29. p. 223.

## 5.4 A Ponderação Em Mão Dupla Entre A *Lex Petrolea* E O Direito Internacional Público

Como já dissemos, a *lex petrolea* constitui um ramo da *lex mercatoria* que, por sua vez, compõe o que se tem chamado de Direito Transnacional, sob uma ótica eminentemente vinculada ao DIPr. Contudo, não podemos esquecer que, por serem os contratos com o Estado, no seu aspecto *ratione personae*, um contrato híbrido, na medida em que temos, de um lado, um sujeito de Direito Internacional, regido, quanto aos seus *domestic affairs*, pelas normas de seu direito interno e no seus *foreign affairs*, pelas normas do Direito Internacional Público (ou *ius cogens*), temos, de outro, as partes privadas, regidas pelo DIPr, quando há algum elemento de estraneidade na relação jurídica em que se engajam, especialmente o conflito espacial de normas de direito interno, e pelo Direito do Comércio Internacional ou Direito Transnacional,<sup>603</sup> que procura desvincular as relações comerciais deste aspecto espacial, em função da dinâmica do comércio internacional.

O desenvolvimento da *lex petrolea* demonstra que sua fonte inicial foi a jurisprudência arbitral, no bojo dos conflitos entre as partes privadas e o Estados hospedeiros. O cerne destes conflitos, como vimos na análise de alguns casos, envolvia a nacionalização ou a expropriação de ativos das empresas petroleiras e a necessidade de justa compensação ou indenização. Na defesa destes direitos legítimos das partes privadas, invocou-se os princípios albergados na *lex mercatoria*, que, aplicados à indústria do petróleo, passaram a constituir a *lex petrolea*. Do outro lado, em defesa dos Estados, invocou-se o DIP, especialmente a noção de soberania, que ganhou um capítulo especial no plano internacional: a soberania permanente sobre os recursos naturais. Nesse sentido, a *lex petrolea* influenciou na mitigação do caráter absoluto do exercício dessa soberania pelos Estados, que era invocada para legitimar sua interferência na propriedade e nos investimentos privados.

É necessário, portanto, efetuar-se um esforço histórico sobre o desenvolvimento do princípio da soberania permanente dos Estados sobre os recursos naturais no plano do DIP

---

<sup>603</sup> Tais aspectos também são abordados pelo Direito Internacional Público no ramo conhecido como Direito Internacional Econômico, que engloba a análise dos aspectos do intercâmbio econômico existente entre Estados e a sua participação direta na formação das riquezas e no seu incentivo à sua circulação. Vide ALVES, Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso. *Lex Petrolea: o Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209-29. p. 212.

para, depois, entendermos como ocorreu sua mitigação no âmbito das discussões empreendidas na Assembleia Geral da ONU.

#### 5.4.1 Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais: desenvolvimento histórico

Como vimos, o modelo vigente no início do século XX para a exploração petrolífera era o modelo de concessão – a “concessão tradicional” – que possuía cláusulas bastantes generosas para as empresas petrolíferas, principalmente quanto à duração e a quase ausência de ingerência estatal. Este modelo foi aceito pelos Estados como a única alternativa viável para a exploração das jazidas de petróleo, uma vez que não possuíam infra-estrutura e maquinário para efetuar a extração. Com o tempo, foi-se percebendo que a grande parcela dos lucros ficava com as empresas transnacionais, o que gerava conflito com as novas tendências desenvolvimentistas que tinham como pano de fundo a soberania nacional.<sup>604</sup>

Um dos poucos mecanismos de controle de que dispunha o Estado era a escolha da lei aplicável à interpretação e à execução das cláusulas contratuais, bem como para a solução de controvérsias: a sua própria lei. Tal posicionamento alicerçava-se em precedentes antigos da Corte Permanente de Justiça Internacional da Haia como também na ideia de que não era concebível a submissão, pelo Estado, à outra lei que não fosse a sua própria, a aplicada no seu território.<sup>605</sup> Sem dúvida, esta era outra faceta da imposição da soberania no jogo das relações contratuais internacionais.

A cláusula de escolha da lei aplicável em contratos entre o Estado e particulares no campo do petróleo já era usada há muito, apesar dos conflitos de interesse existentes nesta escolha. Porém, sua utilização foi regulamentada por uma Resolução do Instituto de Direito Internacional intitulada A Lei Aplicável aos Contratos em Acordos entre um Estado e uma Pessoa Privada Estrangeira, adotada em Atenas, 1979, facultando inúmeras possibilidades de escolha, enumeradas no artigo 2º.<sup>606</sup> Na falta de escolha, aplicável seria a lei com a qual a relação tivesse maior proximidade (artigo 1º).<sup>607</sup>

---

<sup>604</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 196.

<sup>605</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 130.

<sup>606</sup> **RESOLUTION THE PROPER LAW OF THE CONTRACT IN AGREEMENTS BETWEEN A STATE AND A FOREIGN PRIVATE PERSON - 1979**

Na segunda metade do século XX, qualquer projeto de amplo desenvolvimento, pretendido pelos países chamados periféricos ou subdesenvolvidos, passava pelo estabelecimento de uma sólida matriz energética, e o petróleo é combustível fundamental na cadeia produtiva como um todo, porque alimenta e propulsiona o processo econômico como indutor do desenvolvimento.<sup>608</sup> Essa perspectiva já se consolidara desde o término da Primeira Grande Guerra, pois o petróleo passava a ser questão estratégica que influenciava politicamente no concerto das nações.<sup>609</sup>

A solução encontrada por muitos países na rota do desenvolvimento foi a da nacionalização das reservas petrolíferas e a criação de companhias sob controle exclusivo ou majoritário do Estado. O México, a título de exemplo, assim o fez em 18 de março de 1938, criando a *Petróleos Mexicanos* (PEMEX), que resultou do intervencionismo estatal na Economia, precedido que foi por graves interferências das companhias estrangeiras na política nacional deste país.<sup>610</sup>

A análise dos sociólogos e economistas, principalmente aqueles adeptos da Teoria da Dependência ou Teoria do Desenvolvimento,<sup>611</sup> era a de que os países considerados subdesenvolvidos dependiam de ações enérgicas e positivas nos setores considerados prioritários e estratégicos para a superação de seus níveis históricos de pobreza,<sup>612</sup> buscando mecanismos alternativos para o seu desenvolvimento, para libertar-se da então dominação econômica efetuada pelas grandes potências. Deste pensamento, surgiu o Movimento dos Países Não Alinhados.<sup>613</sup>

## Article 2

The parties may in particular choose as the proper law of the contract either one or several domestic legal systems or the principles common to such systems, or the general principles of law, or the principles applied in international economic relations, or international law, or a combination of these sources of law.

## <sup>607</sup> RESOLUTION THE PROPER LAW OF THE CONTRACT IN AGREEMENTS BETWEEN A STATE AND A FOREIGN PRIVATE PERSON - 1979

### Article 1

Contracts between a State and a foreign private person shall be subjected to the rules of law chosen by the parties or, failing such a choice, to the rules of law with which the contract has the closest link.

<sup>608</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 15.

<sup>609</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 33.

<sup>610</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 41.

<sup>611</sup> Entre os expoentes brasileiros desta teoria encontram-se o economista Celso Furtado e o sociólogo e ex-Presidente da República Federativa do Brasil, Fernando Henrique Cardoso (1994-2002).

<sup>612</sup> DOLINGER, Jacob. A Imunidade Jurisdicional dos Estados. R. de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982. p. 13.

<sup>613</sup> O Movimento dos Países Não Alinhados é um grupo de países, constituído por países periféricos e em desenvolvimento, que, no plano político, optou por não se alinhar às duas forças hegemônicas formadas após a 2ª Guerra Mundial e que deu origem à chamada “Guerra Fria”: os Estados Unidos, liderança do bloco capitalista, e a ex-União Soviética, líder do bloco socialista e, no aspecto econômico, a busca de apoio mútuo para superar as



O papel do Estado na vida econômica, portanto, mudou radicalmente. As economias nacionais da periferia do Capitalismo deixaram o liberalismo do século retrasado para trás, ingressando em um intervencionismo que possui diversas modalidades e razões históricas específicas, de acordo com o estágio econômico de cada uma. Enquanto os países desenvolvidos enfrentaram recessões, seja por problemas do seu mercado de capitais, seja em função de guerras mundiais, os países subdesenvolvidos intervieram em suas economias para encontrar um projeto alternativo de desenvolvimento, e os comunistas tinham na planificação econômica o pilar do modelo político adotado.<sup>614</sup>

Os países do antigo Terceiro Mundo também empreenderam enormes esforços para vincular a propriedade mineral, já por eles incorporada ao patrimônio nacional, à tese da soberania sobre os recursos naturais e energéticos. Para tanto, conseguiram aprovar, na Assembleia Geral das Nações Unidas, a Resolução 1.803.<sup>615</sup> Esta Resolução foi antecedida por outras, como a nº 523 (VI) – Desenvolvimento Econômico Integrado e Acordos Comerciais,<sup>616</sup> a nº 626 (VII), que trata do Direito de Explorar Livremente as Riquezas e Recursos Naturais,<sup>617</sup> bem como a Resolução nº 1.314 (XIII), intitulada Recomendações Concernentes ao Respeito Internacional aos Direitos dos Povos e Nações à Autodeterminação, em que se estabeleceu a Comissão Relativa à Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais. A Resolução ISI 5 (XV),<sup>618</sup> a última antes da Resolução nº 1.803, recomendou que o direito soberano de cada Estado a dispor de sua riqueza e de seus recursos naturais deveria ser respeitado pelos demais.

A Resolução nº 1.803 apresenta os seguintes pontos importantes, dentre outros: a soberania sobre os recursos naturais deverá reverter para o desenvolvimento nacional; a nacionalização de empresas estrangeiras deveria se reverter para o interesse público e deveria seguir-se por uma justa indenização, sendo que as controvérsias devem ser exauridas dentro

---

limitações e a dependência econômica em relação aos países centrais ou exportadores de capital. Sua origem se deu na Conferência Ásia-África ou Conferência de Bandung, realizada em 1955, na Indonésia e reuniu 29 países. Depois desta Conferência, foram realizadas mais dezesseis Cúpulas no Movimento, tendo a última ocorrido em 2006, em Havana, Cuba.

<sup>614</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. Da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante a justiça brasileira. In: DOLINGER, Jacob (Coord.). *A nova constituição e o direito internacional: propostas e sugestões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 211.

<sup>615</sup> Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas aprovada em 14 de dezembro de 1962. Como notícia Marilda Rosado, tal resolução foi aprovada por 87 votos a favor e 2 contra e duas abstenções. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 40. O tema também é desenvolvido pela autora no “Capítulo 4 – Soberania e Expropriação” de seu parecer sobre a oitava rodada de licitações da ANP. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.11-125. p. 38-47.

<sup>616</sup> Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas aprovada em 12 de janeiro de 1952.

<sup>617</sup> Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas aprovada em 21 de dezembro de 1952.

<sup>618</sup> Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas aprovada em 15 de dezembro de 1960.

da jurisdição do próprio Estado, se não previsto outro mecanismo alternativo entre as partes; esta soberania remete-se à soberania geral, ou seja, à regra de que cada soberano é igual ao outro na esfera internacional (*par in parem non habet imperium*); e a violação à soberania sobre os recursos naturais significaria violação à Carta das Nações Unidas.

**GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 1803 (XVII) OF 14 DECEMBER 1962, "PERMANENT SOVEREIGNTY OVER NATURAL RESOURCES"**

**ADOPTED BY GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 1803 (XVII) OF 14 DECEMBER 1962**

1. The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned.

(...)

4. Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication.

(...)

5. The free and beneficial exercise of the sovereignty of peoples and nations over their natural resources must be furthered by the mutual respect of States based on their sovereign equality.

(...)

7. Violation of the rights of peoples and nations to sovereignty over their natural wealth and resources is contrary to the spirit and principles of the Charter of the United Nations and hinders the development of international co-operation and the maintenance of peace.

(...)

O momento por que passava o mundo era internacionalmente tenso, posterior à descolonização e ao surgimento de novas nações na África e na Ásia, cuja independência política só seria consolidada após o controle das riquezas econômicas, antes nas mãos de estrangeiros.<sup>619</sup>

---

<sup>619</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 122. Marilda Rosado, em artigo em que tivemos a honra de colaborar, resume assim o momento por que passava o mundo naquele período: "A consagração da Nova Ordem Econômica Internacional, tendo como um dos seus pilares a Resolução 1.803, foi seguida por anos de agudização dos conflitos entre os dois pólos de interesse, os países exportadores e os países importadores de capital." RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Solução de controvérsias na indústria do petróleo. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA; Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 377.

O item 5 da Resolução n° 1.803, conforme já dissemos, vincula a soberania sobre os recursos naturais à soberania do Estado em uma sociedade internacional em que eles são iguais entre si. Celso de Albuquerque Mello bem capta esta vinculação e a importância do ramo do Direito Internacional denominado Direito Internacional do Desenvolvimento, que pode ser considerado uma especialização importantíssima do Direito Internacional Econômico – anteriormente aludido – na seguinte passagem: “o que mais nos interessa no princípio da soberania é especificamente a 'soberania permanente sobre os recursos naturais', por ser ela que lida diretamente com o DI do Desenvolvimento.”<sup>620</sup>

A Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, fruto da Resolução n° 3.281 (XXIX),<sup>621</sup> adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua 29ª Sessão, reafirma, em seu artigo 2° ao Capítulo II, que cada Estado tem e pode exercer livremente a soberania sobre seus recursos naturais e atividades econômicas, em termos muito semelhantes aos da Resolução n° 1.803. No artigo 17, impõe que a soberania entre os Estados será igualmente exercida e livre de condições que possam derrogá-la.<sup>622</sup>

## **CHARTER OF ECONOMIC RIGHTS AND DUTIES OF STATES**

### **Article 2**

1. Every State has and shall freely exercise full permanent sovereignty, including possession, use and disposal, over all its wealth, natural resources and economic activities.

2. Each State has the right:

(a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities.

No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment;

(b) To regulate and supervise the activities of transnational corporations within its national jurisdiction and take measures to ensure that such activities comply with its laws, rules and regulations and conform with its economic and social policies. Transnational corporations shall not intervene in the internal affairs of a host State. Every State should, with full regard for its sovereign rights, cooperate with other States in the exercise of the right set forth in this subparagraph;

(c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means

<sup>620</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 49.

<sup>621</sup> No interstício entre a Resolução 1.803 e a 3.281, foram aprovadas outras Resoluções concernentes à soberania sobre os recursos naturais, a saber: Resolução 2.158 (XXI) de 25 nov. 1966; Resolução 2.386 (XXIII) de 19 nov. 1968, 2.692 (XXV) de 11 dez. 1970 e 3.016 (XXVII) de 18 dez. 1972.

<sup>622</sup> Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas aprovada em 12 de dezembro de 1974.

be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.

(...)

**Article 17**

International co-operation for development in the shared goal and common duty of all States. Every State should co-operate with the efforts of developing countries to accelerate their economic and social development by providing favourable external conditions and by extending active assistance to them, consistent with their development needs and objectives, with strict respect for the sovereign equality of States and free of any conditions derogating from their sovereignty.

A aprovação destas Resoluções entrava em choque direto com os interesses dos países industrializados e desenvolvidos, importadores de petróleo. A declaração de soberania sobre os recursos naturais significaria para muitos países subdesenvolvidos exportadores a redenção para o desenvolvimento, não só por ser o petróleo, em muitos casos, o único produto de exportação como também por trazer divisas consideráveis, na condição de *commodity*, ou seja, matéria-prima com cotação em dólar no mercado internacional. Esses países não possuíam mercado interno suficientemente avantajado para propulsar o seu desenvolvimento econômico, sendo as divisas do petróleo fundamentais neste processo.<sup>623</sup>

A batalha pela soberania no plano internacional não se resumiu à aprovação de Resoluções na Assembleia Geral da ONU, compreendendo também a adoção de medidas internas, seja com a aprovação de legislações regulamentando o setor petrolífero, aumentando a participação governamental nos lucros obtidos pelas empresas estrangeiras (modalidade de intervenção indireta), ou o estabelecimento do monopólio estatal do petróleo, desde a exploração até o refino, com a criação de empresas nacionais como agentes do novo mercado monopolizado pelo Estado, e ainda a nacionalização das companhias estrangeiras (modalidades de intervenção direta).<sup>624</sup>

Explica-se esta ingerência do Estado na sua própria economia do petróleo pela precedente interferência que as gigantes do petróleo internacional exerciam na economia e na

---

<sup>623</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 60.

<sup>624</sup> Ilmar Penna Marinho Junior traz variados exemplos de como isto ocorreu. "1.º a legislação venezuelana que incrementou as rendas petrolíferas do Govêrno para 60% e 67% em 1958 e 1964, respectivamente; 2.º o estabelecimento do monopólio estatal da exploração e do refino no Chile, em 1960; 3.º a promulgação da lei n.º 80 de 1961, delimitando as áreas de exploração das companhias de petróleo no Iraque; 4.º o cancelamento por parte do Govêrno argentino dos contratos petrolíferos acordados em 1963; a nacionalização das instalações petrolíferas no Ceilão [atual Sri Lanka]; 6.º a decisão do Govêrno da Indonésia de converter as concessões petrolíferas em contratos de desenvolvimento; 7.º a nacionalização de uma subsidiária da Shell e da Companhia Anglo-Egípcia na República Árabe Unida [atuais Egito e Síria]; 8.º a nacionalização da indústria do petróleo na Argélia em 1967; 9.º a desapropriação das jazidas da International Petroleum Company, no Peru, em 1968." MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 126-127.

política dos países em que atuavam, inclusive através de pressões efetuadas pelos governos dos seus países de origem. Assim ocorreu, por exemplo, no México e na Venezuela, até que seus governos assumissem a questão do petróleo como um dos pilares do exercício de soberania, em que aquelas influências deveriam ser minoradas ou mesmo aniquiladas.<sup>625</sup>

O petróleo, desde então, sob controle estatal, passa a ser um elemento essencial à segurança nacional, e o nacionalismo foi a ideologia encontrada para a materialização do controle, sendo inversamente proporcional ao grau de desenvolvimento do país. Nos países então ditos subdesenvolvidos, a intervenção era caminho sem volta em razão da compreensão de que o fornecimento de petróleo representava não só um problema a ser resolvido como uma solução a ser alcançada.<sup>626</sup>

Portanto, a realidade que se afigurava era de transição entre uma economia do petróleo controlada por um setor privado internacionalizado para outro cenário em que os governos, progressivamente, assumiram um papel interventivo,<sup>627</sup> embasado no interesse público de autossuprimento e diversificação da matriz energética, bem como de retenção das divisas que antes se concentravam nos balanços das empresas petrolíferas com sede nos países desenvolvidos sob a forma de lucro.

A política energética autônoma necessitava de formulações e de escolhas. A escolha fundamental estaria entre o tipo de modelo a ser adotado, o da intervenção indireta ou o da direta. Essa modalidade de intervenção garantia ao Estado outros meios de assegurar a sua efetiva participação no setor petrolífero, inclusive a partir da criação de sociedades econômicas sob seu controle,<sup>628</sup> como as entidades paraestatais ou organismos descentralizados, conhecidas entre nós como empresas públicas e sociedades de economia mista. No Brasil, criou-se a *Petróleo Brasileiro S.A.*, PETROBRAS, em 1953, sociedade de economia mista que seria responsável pela execução do monopólio estatal do petróleo.

A supramencionada nacionalização da indústria do petróleo mexicana seria o prenúncio de um conflito crescente entre os Estados hospedeiros ou receptores de investimentos petrolíferos e as grandes empresas internacionais do setor. Enquanto significou o exemplo máximo do que a intervenção direta do Estado seria capaz, outro país, a Venezuela, era o símbolo de como se poderia indiretamente intervir na indústria, através da

---

<sup>625</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 125.

<sup>626</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 130-131, 171 e 174.

<sup>627</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 152.

<sup>628</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Ibidem*. p. 172.

gradual ampliação da parcela do *government take*,<sup>629</sup> criando o princípio do *fifty-fifty*<sup>630</sup> em 1943. Ilmar Penna Marinho Junior reflete com propriedade o sentido das mudanças que estavam ocorrendo na modalidade de intervenção indireta, com a concessão aos Estados de:

vantagens que compõem um complexo e sofisticado conjunto de relações econômicas tendentes a conferir ao Estado Nacional um mais efetivo controle indireto na indústria petrolífera autóctone. Os termos mudaram, as condições mudaram, as circunstâncias mudaram; eis que na moderna estrutura da indústria do petróleo, os governos dos países produtores e, em especial, os governos dos países exportadores, despertando a força espiritual da nação para objetivos determinados, fundamentais, evoluíram na temática do intervencionismo indireto do Estado na economia petrolífera.<sup>631</sup>207

E, posteriormente, este mesmo país lançaria mão do modelo da intervenção direta, com a criação da *Corporación Venezolana del Petróleo* em 1960 e da *Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, em 1975, como resultado das nacionalizações das concessões anteriormente feitas a empresas estrangeiras. Portanto, os países adotaram um modelo de instrumentalidades estatais bastante semelhantes a das empresas privadas internacionais,<sup>632</sup> ou seja, criaram sociedades comerciais, com o controle nas mãos do Estado, e a forma jurídica de empresas públicas ou paraestatais, nas quais se incluem a sociedade de economia mista, e ainda as modalidades de *joint ventures*<sup>633</sup> das companhias estatais com as IOC's.<sup>634</sup>

Já em 1957, o governo do Irã exigiu da empresa italiana ENI um percentual de 75% do petróleo para o Estado, ficando os 25% restantes para a petrolífera, o que gerou, a partir dos anos 1970, segundo R. Doak Bishop, além das expropriações, uma verdadeira renegociação das concessões para aumentar as participações governamentais e o controle estatal sobre a produção petrolífera.<sup>635</sup>

<sup>629</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Ibidem*. p. 178.

<sup>630</sup> O princípio do *fifty-fifty* seria melhor traduzido como meio a meio, ou meação. Metade da produção ficava para o Estado e metade para a empresa petrolífera.

<sup>631</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 190.

<sup>632</sup> PEDROSO JR., Jorge Antonio. A atuação transnacional das National Oil Companies. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 385-423. p. 390.

<sup>633</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 161 et seq. Importante ressaltar que as *joint ventures* assumem a natureza jurídica do local onde foram acordadas, e não do país de origem das companhias internacionais e do Estado do foro em uma demanda judicial, no caso de este ser diferente do local da constituição. *Ibid.*, p. 28.

<sup>634</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 198.

<sup>635</sup> BISHOP R. Doak. International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea. *Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol-2/vol2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

O intervencionismo, dessarte, consolidou-se como alternativa utilizada pela grande maioria dos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, ainda que integrantes do bloco capitalista, vez que o bloco socialista já tinha como sustentáculo a planificação da economia e o controle das atividades antes desempenhadas por particulares nas mãos do Estado.<sup>636</sup>

Neste passo, é importante relacionar o intervencionismo ao projeto de desenvolvimento das nações no terceiro quartel do século XX. A lição do saudoso Celso Furtado, *apud* Ilmar Marinho Junior, é magistral no sentido de que garantir o desenvolvimento não era uma mera política de governo, mas de Estado:

Nos países subdesenvolvidos de hoje, o problema do intervencionismo estatal no contexto econômico apresenta aspectos inteiramente novos. Em primeiro lugar, as responsabilidades do Estado como agência prestatária se anteciparam ao desenvolvimento das bases materiais da sociedade. Em segundo lugar, as próprias funções políticas do Estado sofreram evolução significativa, quando a sociedade lhe atribuiu um papel retor em seu próprio processo de desenvolvimento econômico e social. Desta forma, o crescimento do aparelho administrativo do Estado não deriva do desenvolvimento das bases materiais da sociedade e do incremento mais que proporcional da demanda daqueles serviços que, por sua natureza, devem ser prestados por instituições públicas. Seu crescimento resulta das decisões de índole política e reflete o despertar da coletividade para a natureza de seu problema de desenvolvimento.<sup>637</sup>

Outra questão a ser enfrentada é que se poderia arguir que os governos, ao invés de intervir na economia, deveriam incentivar o papel da iniciativa privada nacional como principal personagem do processo de desenvolvimento, a exemplo de que, nos países desenvolvidos, o setor de petróleo nunca foi controlado pelo Estado, mas sim pela própria iniciativa privada, que lá encontrou condições favoráveis para crescer e se expandir.

De fato, as IOC's tinham o apoio velado, quando não ostensivo, do governo de seus países para interferir na política e na economia dos *host governments*. Isso explica grande parte do sucesso de sua expansão internacional. Por outro lado, a iniciativa privada nacional dos países subdesenvolvidos era bastante incipiente, não possuindo capital suficiente para a expansão pretendida e necessária em diversas áreas da economia. Assim, a única alternativa para se levar a cabo a construção de indústrias de base seria por meio de aporte de capital

---

<sup>636</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 212-213.

<sup>637</sup> FURTADO, C., *apud* MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 276-277.

estatal para a formação de sociedades que, pela titularidade majoritária do capital, permaneceriam nas mãos do Estado.<sup>638</sup>

As empresas estatais, por conseguinte, ao encontrar espaço garantido no mercado interno de seus países, puderam crescer livremente e consolidar sua importância, a despeito da onda desestatizante que acometeu o modelo capitalista após a derrocada do mundo socialista, o chamado modelo neoliberal. As pressões foram enormes, sob o pretexto de que era necessário desburocratizar o Estado, dando-lhe maior agilidade ao mesmo tempo em que diminuísse os obstáculos para os empreendimentos da iniciativa privada. Fato é que muitos países, ainda que tenham efetuado maior abertura de seu mercado petrolífero atualmente, ainda mantêm suas estatais de petróleo como fonte importante para o suprimento de petróleo nacional.<sup>639</sup>

#### 5.4.2 A Discussão Atual: a implantação do modelo de partilha de produção na contratação da indústria petrolífera pelo Estado brasileiro

Essa é uma discussão de extrema atualidade no Brasil. Desde 2008, por ocasião da Nona Rodada de Licitações da ANP, o governo brasileiro colocou em pauta a adoção de um modelo alternativo ao então vigente de contratação para a indústria do petróleo, mas que já é conhecido no mundo há décadas: o modelo de partilha de produção para os reservatórios da camada pré-sal, com o alegado objetivo de aumentar as receitas do país<sup>640</sup> advindas da produção de petróleo e gás, em função da significativa redução do risco exploratório, à medida que se vai provando as reservas de hidrocarbonetos existentes nos reservatórios.

<sup>638</sup> MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 280.

<sup>639</sup> São alguns exemplos países que atuam no setor petrolífero a partir de empresas estatais: Argélia, através da SONATRACH; Angola, através da SONANGOL - *Sociedade Nacional de Combustíveis de Angola E.P.*; China, através da *China National Petroleum Corporation (CNPC)*, *China Petrochemical Corporation (SINOPEC)*, *China National Offshore Oil Company (CNOOC)* e *PetroChina Company Limited (Petrochina)*; Irã, através da *National Iranian Oil Co. (NIOC)*; Nigéria, através da *Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC)*; Noruega, por meio das empresas *State Direct Financial Interest (SDFI)*, *Petoro AS*, *Statoil* e *Gassco AS*. No Brasil, atua a PETROBRAS, na Costa Rica a RECOPE, na Indonésia a PERTAMINA, no Peru a PERUPETRO, no México a PEMEX e na Venezuela, a PDVSA. Vide CUNHA, Amanda *et al.* *Análise Comparativa Internacional de Aspectos Regulatórios em E&P*. In: *Apresentação do Grupo de Pesquisa em Upstream - UERJ/PRH-33*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 31 ago. 2004, p. 15-34.

<sup>640</sup> A esse respeito, pretende-se criar o chamado Fundo Social, cuja definição, recursos e objetivos estão previstos no Projeto de Lei nº 5.940-C, de 2009, aprovado na Câmara dos Deputados com 204 votos a favor, 66 contra e 2 abstenções, em 1º de dezembro de 2010, e encaminhado à sanção presidencial. CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. *Projeto de Lei e Outras Proposições – PL nº 5940/2009*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=447936](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=447936)>. Acesso em: 04 dez 2010.



O Congresso brasileiro autorizou a criação de uma empresa pública (capital 100% estatal), chamada Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA),<sup>641</sup> para gerir tais contratos e integrar o comitê operacional que dará cabo à execução contratual, em nome da União. A Petrobras, aparentemente, sai fortalecida e privilegiada<sup>642</sup> do processo, principalmente porque será a operadora em todos os contratos; não precisará participar de licitação; seu *share* nos contratos nunca será inferior a trinta por cento, podendo ser ampliado;<sup>643</sup> e teve seu capital ampliado,

---

<sup>641</sup> **LEI Nº 12.304, DE 2 DE AGOSTO DE 2010.** Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e dá outras providências.

<sup>642</sup> Alguns críticos do modelo a ser implementado acreditam que a Petrobras sofrerá mais com o risco político de interferência na sua gestão, bem como o próprio risco econômico de ter de levar a cabo a operação da exploração de todos os blocos na enorme área do pré-sal com uma participação mínima de 30%, considerando-se também o risco técnico quanto ao sucesso da recuperação economicamente viável do petróleo localizado na camada pré-sal.

<sup>643</sup> **REDAÇÃO FINAL DO PROJETO DE LEI Nº 5.938-A DE 2009 – CÂMARA DOS DEPUTADOS**

Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências.

#### **CAPÍTULO II – DAS DEFINIÇÕES TÉCNICAS**

Art. 2º Para os fins desta Lei, ficam estabelecidas as seguintes definições:

VI - operador: a Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção;

(...)

#### **CAPÍTULO III – DO REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO**

##### **Seção I – Disposições Gerais**

Art. 4º A Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurado, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20.

(...)

Art. 8º A União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, celebrará os contratos de partilha de produção:

I - diretamente com a Petrobras, dispensada a licitação;

(...)

##### **Seção III – Das Competências do Ministério de Minas e Energia**

Art. 10. Caberá ao Ministério de Minas e Energia, entre outras competências:

(...)

III - propor ao CNPE os seguintes parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção:

(...)

c) a participação mínima da Petrobras no consórcio previsto no art. 20, que não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento);

##### **Seção V – Da Contratação Direta**

Art. 12. O CNPE proporá ao Presidente da República os casos em que, com vistas na preservação do interesse nacional e no atendimento dos demais objetivos da política energética, a Petrobras será contratada diretamente pela União para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção.

Parágrafo único. Os parâmetros da contratação prevista no caput serão propostos pelo CNPE, nos termos do inciso IV do art. 9º e do inciso III do art. 10, no que couber.

##### **Seção VI – Da Licitação**

Art. 14. A Petrobras poderá participar da licitação prevista no inciso II do art. 8º para ampliar a sua participação mínima definida nos termos da alínea c do inciso III do art. 10.

##### **Seção VII – Do Consórcio**

Art. 20. O licitante vencedor deverá constituir consórcio com a Petrobras e com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

através da cessão onerosa de 5 (cinco) bilhões de barris *in situ* da União para a estatal,<sup>644</sup> ao qual se agregou o procedimento de *tag along*<sup>645</sup> aos acionistas minoritários.<sup>646</sup>

Depois dessa digressão sobre o quadro jurídico-institucional que dará contorno ao novo marco regulatório da indústria de petróleo e gás no Brasil, não podemos esquecer os vetores da discussão da relação entre Estado hospedeiro e as empresas petrolíferas no plano internacional. A *lex petrolea*, descendente direta da *lex mercatoria*, preocupa-se com a defesa dos princípios gerais do direito e específicos das relações comerciais e negociais no âmbito da indústria do petróleo, como a segurança jurídica e a proteção do investimento privado, dentre outros que já citamos; de outro lado, amparados pelas necessidades econômicas, reconhecidas por normas do direito interno e com respaldo do DIP, os Estados buscam maximizar o retorno da atividade econômica, cuja execução foi atribuída por eles à iniciativa privada, em prol do interesse público primário de melhoria do bem-estar social, ainda que, na prática, verifique-se, em muitos casos, o atendimento apenas ao interesse público secundário<sup>647</sup> de ver crescer o orçamento público, sem maiores reversões para o progresso do povo.

Por fim, resta estabelecer que nenhum princípio possui caráter absoluto ou aplicação generalizada, mas sim tópica, a depender das circunstâncias do caso concreto. Portanto, o princípio da soberania estatal, assim como vem sendo flexibilizado em relação à realização de

<sup>644</sup> **LEI Nº 12.276, DE 30 DE JUNHO DE 2010.** Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências.

<sup>645</sup> **LEI Nº 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o *adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.* (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001) (grifos nossos)

§ 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

<sup>646</sup> No final deste processo, verificou-se o aumento da participação do governo na empresa de 39,8% para 48,32%. A União reduziu sua participação de 32,1% para 31,10% do capital social; por outro lado, o BNDESPar, subsidiária integral do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), aumentou sua participação de 7,7% para 11,61%; o Banco, diretamente, passa a deter 1,72% do capital; e o Fundo Soberano do Brasil, criado pela Lei nº 11.887/2008, passou a deter 3,88%. Disponível em: EXAME.COM. *Governo passa a ter 48,32% do capital da Petrobras.* <<http://app.exame.abril.com.br/mercados/noticias/governo-passa-ter-48-32-capital-petrobras-601753>>. Acesso em: 04 dez 2010.

<sup>647</sup> A respeito da distinção entre interesse público primário e secundário, leciona o autor Hugo Nigro Mazzilli, ancorado no escol do grande administrativista italiano Renato Alessi: “Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com a bem geral da coletividade, Renato Alessi entendeu oportuno distinguir o interesse público primário (bem geral) do interesse público secundário (o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público). Com efeito, em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade.” MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.* - 20. Ed. rev., ampl. e atual: São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

atividades de natureza comercial pelos Estados no que tange à imunidade de jurisdição, (vide Capítulos 3 e 4, *supra*) e sua especialização – a soberania sobre os recursos naturais – devem ceder espaço aos princípios acolhidos pela *lex petrolea*, bem como aos princípios da interdependência entre os agentes econômicos internacionais (e o Estado é apenas mais um deles) e da cooperação internacional,<sup>648</sup> que deve existir não só entre Estados, mas também entre esses e comunidade empresarial e industrial internacional, inclusive através do fomento ao exercício da livre iniciativa, pois é desta forma que a riqueza mundial se amplia e torna-se menos concentrada e mais participativa, ou democrática.

---

<sup>648</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a oitava rodada de licitações. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.11-125. p. 28-9.

## CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, propusemos demonstrar que a *lex mercatoria* possui suficiente densidade jurídica, ou seja, não é uma formulação abstrata. Possui substância, materializada a partir de suas fontes que, a um só tempo, refletem-na, autopropagando-se à medida que o fluxo do comércio internacional se intensifica e expande. A partir de uma perspectiva geral, trouxemos exemplos de sua concretude, através da sua manifestação em princípios e institutos jurídicos, dos quais pinçamos dois, em especial: o princípio da imunidade de jurisdição e o instituto da arbitragem comercial internacional, com aplicação particularizada em um setor específico da economia mundial, porém extremamente relevante, e com caráter acentuadamente internacional – a indústria do petróleo e gás.

É possível compendiar, a partir de todo o exposto, nossas conclusões, com a formulação das seguintes proposições:

**(1) A *lex mercatoria* é alimentada por suas fontes que, ao mesmo tempo, retroalimentam-na.** Os princípios gerais do direito (albergados pelo DIPr e pelo DIP), os usos e costumes do comércio internacional; os contratos-tipo e suas cláusulas; a relativização da soberania nacional e do seu corolário, a imunidade de jurisdição; a adoção da arbitragem comercial internacional como mecanismo de solução de controvérsias, bem como a jurisprudência dela decorrente; o trabalho de organizações internacionais, através da elaboração de Resoluções e de Convenções Internacionais, às quais os Estados têm aderido, materializam a *lex mercatoria* e a reforçam. Por retroalimentação, essas fontes são utilizadas pelos agentes do comércio internacional para a elaboração e na pactuação de novos instrumentos da circulação econômica mundial. Tal fato caracteriza a *lex mercatoria* como uma ordem jurídica viva e autônoma, cuja nomenclatura mais apropriada seria *ius mercatorum* internacional (ou direito do comércio internacional);

**(2) A *lex mercatoria* possui densidade jurídica suficiente para constituir-se em ordem jurídica autônoma.** O Direito Internacional Privado, como direito do conflito de leis, de natureza nacional, já não dá conta de atender às necessidades do comércio e das transações internacionais, uma vez que as relações econômicas do mundo atual são cada vez mais “deslocalizadas”, exigindo respostas que estão além das possibilidades de adequada efetivação pela aplicação isolada, ou mesmo conjugada, dos ordenamentos jurídicos estatais. Ainda que possa ser considerada uma ordem jurídica incompleta, tal incompletude faz parte

de sua própria natureza, uma vez eu compõe uma realidade em constante mutação e evolução – a do comércio internacional.

**(3) Apesar dos intensos debates existentes em doutrina, entendemos adequada a formulação que considera a *lex mercatoria* uma ordem jurídica meta ou supracional, nas acepções que a consideram colocada “além” ou como um universo *ad latere* ou autônomo em relação às fronteiras dos Estados Nacionais.** A *lex mercatoria* responde por mais do que uma simples inter-relação entre agentes nacionalmente localizados (internacionalidade), ainda que suas relações estejam cada vez mais virtualizadas; em função das necessidades desse tipo de relação, provê soluções práticas e efetivas para sua concretização. Daí a formulação da denominação Direito Transnacional (“para além de”) ser a mais adequada.

Entendemos que não é possível estabelecer um caráter hierárquico da *lex mercatoria* em relação ao direito interno, em função de estarmos lidando com esferas normativas totalmente distintas. A defesa de sua supranacionalidade, no sentido de “estar acima” ou “transcender” os ordenamentos jurídicos nacionais, só se verificará quando os Estados Nacionais a adotarem como normas supralegais, o que também vai depender do sistema de conflito entre fontes normativas adotado (direito interno *versus* Direito Internacional), mesmo no caso de transposição da *lex mercatoria* para o Direito Convencional. A *lex mercatoria*, pelo menos em seu estágio atual, convive melhor com a teoria dualista, e não com a monista.

**(4) A relativização princípio da imunidade de jurisdição é uma consequência processual direta do reconhecimento da *lex mercatoria*.** O princípio da imunidade de jurisdição evoluiu no mesmo passo que o progresso do contato comercial entre as nações e, principalmente, da participação do Estado como agente relevante do comércio internacional. Em função disso, surgiu a distinção e qualificação das atividades realizadas pelo Estado em *atti di imperio e atti di gestioni*. Tal qualificação coloca-se, portanto, como de grande importância, para aqueles que a defendem como critério definidor de incidência ou não da jurisdição.<sup>649</sup> A despeito de parte da doutrina verificar pouca valia na distinção e preferir o

---

<sup>649</sup> Rememore-se a evolução da legislação petrolífera mexicana, que migrou da imunidade jurisdicional absoluta prevista na Lei de 1971 para a aceitação da arbitragem e da submissão à jurisdição estrangeira em matéria comercial. No caso da PETROBRAS, o Estatuto Social da empresa permite à Diretoria Executiva efetuar renúncia ou transações na esfera judicial e extrajudicial, com base em “lei específica”. Como a palavra renúncia aqui é posta em termos vazios, há que se questionar se esta cláusula, na verdade, permite a interpretação de que a empresa possa manifestar renúncia à imunidade de jurisdição tanto no bojo de cláusulas contratuais, como se interpretou no caso *ATWOOD TURNKEY DRILLING v. PETROBRAS* (vide Capítulo 3, *supra*), como em juízo, concordando-se a submeter à jurisdição estrangeira, ou se esta renúncia se limita a prerrogativas de natureza processual ou até mesmo de direito material interno, não alcançando aspectos relativos à jurisdição internacional.

**ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS**  
**CAPÍTULO IV – DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE**

arrolamento das exceções à imunidade a um embasamento em um critério dicotômico,<sup>650</sup> entendemos que ele ainda cumpre seu papel, seja para a definição dos extremos, ou seja, o que é abarcado e o que não o é, e que as dificuldades podem ser mitigadas pelo emprego de critérios esclarecedores como a natureza e o propósito dos atos estatais, além de outros que possam vir a ser criados com o aprofundamento dos estudos. Desprivilegiar o critério poderia levar aos extremos de considerarmos todas as atividades estatais abrangidas pelo *ius imperii* ou desprover todas, sem exceção, da prerrogativa da imunidade de jurisdição, o que significaria flagrante violação ao direito internacional consuetudinário representado pelo princípio da soberania estatal. As dificuldades não se resolvem com simplificações e radicalizações. O costume internacional surge e se mantém com o cultivo de práticas uniformes, e estas práticas devem ser respeitadas.

**(5) Quando se trata da submissão de um Estado à jurisdição de outro no desempenho de atividade de natureza comercial, pode haver a incidência de princípios e “doutrinas” que nada têm a ver com a imunidade de jurisdição.** Deve-se atentar para o fato de que, muito embora outros princípios e doutrinas possam incidir conjuntamente com o princípio da imunidade de jurisdição, eles não podem ser confundidos. Se há outras considerações de ordem política envolvidas, como enuncia a Doutrina do Ato de Estado (elaborada pela jurisprudência norte-americana), os campos de análise são distintos, até porque a imunidade significa o não exercício da jurisdição, enquanto a aplicação dessas outras “teorias e doutrinas” pressupõem este exercício pelo juízo estrangeiro, mas o não seguimento da demanda por considerações de mérito que têm por objetivo respeitar e não causar violação ao exercício de atividade que, sob a ótica concreta daquele juízo, é considerada soberana, nos termos do Direito Internacional.

É salutar lembrar que a Doutrina do Ato de Estado têm aplicação territorial bem definida: os atos diretamente praticados pelo Estado estrangeiro nos EUA não são agraciados e se sujeitam à jurisdição do país. Apenas as consequências que lá repercutirem de atos realizados fora de seu território estão a salvo de apreciação judicial. A nacionalização da

**Art. 33.** Compete à Diretoria Executiva:

(...)

VIII - autorizar, *na forma da legislação específica*, atos de renúncia ou transação judicial ou extrajudicial, para pôr fim a litígios ou pendências, podendo fixar limites de valor para a delegação da prática desses atos pelo Presidente ou Diretores; (grifos nossos). PETROBRAS. *Estatuto Social*. Disponível em: <[http://www.petrobras.com.br/ri/Show.aspx?id\\_materia=NPlqjGF6RWwgyg7vThZng](http://www.petrobras.com.br/ri/Show.aspx?id_materia=NPlqjGF6RWwgyg7vThZng)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>650</sup> BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. Imunidade de Jurisdição: O Estado federal e os estados-membros. In: TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131. Segundo Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, na doutrina estrangeira, Jean-Flavien Lalive, embora critique a distinção, também a faz e afirma ser ela a mais aceita.

indústria petrolífera por um país é um bom exemplo de caso cujos contornos se enquadram melhor na Doutrina do Ato de Estado que no princípio da Imunidade de Jurisdição, porque não se pode julgar – aqui no sentido jurisdicional da palavra, de adentrar no mérito – quais foram os motivos de ordem pública interna que levaram à tomada de tal atitude pelo governo estrangeiro (motivos soberanos).

**(6) A jurisprudência arbitral é a mais vívida e efervescente manifestação da *lex mercatoria*.** Em primeiro lugar, os precedentes gerados a partir dos laudos arbitrais constituem fonte primordial de propagação dos princípios albergados pela *lex mercatoria*. Além disso, a jurisdição arbitral é efetivamente deslocalizada, tendo a *lex fori* pouquíssima ou nenhuma influência sobre o desenrolar e o resultado do procedimento arbitral. No mérito, as partes têm ampla autonomia para a escolha do direito aplicável, podendo remeter-se a um ou a alguns princípios da *lex mercatoria* que deverão orientar o julgamento efetuado pelos árbitros e, no caso de ausência de escolha, deles os árbitros podem lançar mão como forma de fundamentação, de modo a evitar decisões teratológicas ou irrazoáveis.

**(7) Nas arbitragens envolvendo o Estado e partes privadas, não é admitida a invocação do princípio da imunidade de jurisdição perante o procedimento arbitral.** Quando o Estado pactua cláusula compromissória em contrato que celebra com o particular, está implicitamente renunciando a qualquer privilégio de caráter processual que possa vir a ter em *ratione personae*, principalmente se o faz com base em lei interna autorizadora. Entender o contrário será negar os princípios da santidade dos pactos (*pacta sunt servanda*); da vedação do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*); da boa-fé da parte privada e da preservação do sinalagma existente entre as partes, todos ao abrigo do “guarda-chuva” da *lex mercatoria*.

**(8) Defendemos que o contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no Brasil é um contrato de direito administrativo, com matizes internacionalizantes, admitindo seu caráter de adesão *lato sensu*, porém refutando-a em sentido estrito.** A natureza de direito público do contrato de concessão brasileiro é inegável em função do sistema de outorga da concessão no Brasil: a existência de prévia licitação, estritamente vinculada, conforme a Lei do Petróleo (artigo 36 e seguintes). Além disso, existe, por força legal, uma incorporação da produção normativo-regulatória da ANP às cláusulas do contrato de concessão, o que mitiga sua natureza meramente contratual em favor do direito administrativo regulatório; por outro lado, verificam-se elementos típicos dos contratos internacionais em suas cláusulas, como a definição de “melhores práticas da indústria do petróleo”, que devem permear o cumprimento de todas as cláusulas do contrato e

das normas regulatórias existentes e das que lhe sobrevenham, assim como a adoção da arbitragem internacional como mecanismo de solução de controvérsias, incorporando as tendências da *lex mercatoria* da indústria – a *lex petrolea*.

Apesar de concordarmos que o contrato de concessão é um contrato de adesão *lato sensu*, na medida em que as empresas que o assinam não podem discutir suas cláusulas após o lançamento do Edital de Licitações da ANP, o outro requisito da definição de contrato de adesão, especificamente talhada para as relações de consumo como presunção *iuris et de iure* – a verificação da hipossuficiência da parte privada – não se aplica às relações entre Estado e partes privadas na indústria do petróleo, pelas seguintes razões:

- (8.1) as empresas integrantes da chamada “indústria do petróleo”, especialmente no *upstream*, constituem mercado organizado, que conta com entidades associativas com relativa expressão (IBP, ABPIP e APPOM);
- (8.2) a parte privada deve ter ciência, antes de ingressar no negócio, que o contrato de concessão é um contrato que envolve risco para o concessionário, por expressa previsão legal;
- (8.3) o mecanismo adotado pelo ente regulador para a contratação – o processo licitatório – observa os princípios definidos no artigo 40 Lei do Petróleo e do Direito Administrativo, materializados no procedimento de audiências públicas, a cada Rodada de Licitação, para discutir os termos do edital e do contrato de concessão, devendo a ANP pronunciar-se a respeito do acolhimento, ou não, das sugestões efetuadas pela indústria; e
- (8.4) por fim, a cláusula arbitral prevista nos contratos de concessão configura autorização para a derrogação, prevista no artigo 43, inciso X, da Lei do Petróleo, da regra que impõe que os contratos administrativos submetam-se à jurisdição brasileira, justamente para contemplar o caráter internacional da indústria do petróleo e em seu favor, haja vista que a adoção em contrato do mecanismo de solução de controvérsias pela via arbitral é um, dentre vários elementos, que compõem a tomada de decisão para que as empresas prefiram ou não contratar com determinado Estado, haja vista a garantia que dá à parte privada de maior celeridade e imparcialidade da decisão.

**(9) É necessária a alteração da redação da cláusula de eleição de foro e da cláusula compromissória dos contratos de concessão celebrados entre a ANP e as empresas concessionárias.** A nova redação precisa contemplar os seguintes aspectos, conforme propusemos no Capítulo 4:

- (9.1) escolha da forma de solução de controvérsias que deverá figurar no Edital de Licitações e, por consequência, no contrato de concessão: cláusula de eleição de foro pura (menos recomendada); apenas a cláusula arbitral ou a adoção das duas, com escopos bem definidos;
- (9.2) escolha entre arbitragem institucional e a adoção das regras da respectiva instituição ou arbitragem *ad hoc* que permita o emprego do modelo de regras proposto pela UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas



para o Direito do Comércio Internacional), somado a um mecanismo adicional de nomeação de árbitros;  
(9.3) correção do mecanismo de requisição de medidas coercitivas ou cautelares ao Poder Judiciário, para que se dê no *forum conveniens* tanto para as partes quanto para os árbitros.

**(10) A *lex petrolea* constitui a especialização da *lex mercatoria* para a indústria do petróleo e gás.** A indústria do petróleo e gás constitui um setor econômico altamente especializado e segmentado, sendo responsável, isoladamente, por algo entre 5 e 6% do PIB mundial. Diante do intenso “fluxo contratual”, seja quando falamos dos contratos típicos com o Estado, ou das fartas possibilidades de contratação entre partes privadas, a *lex petrolea* começa a surgir, materializando-se na solução de controvérsias entre empresas e Estados hospedeiros pela via arbitral, arena em que se levantou a existência de tal corpo normativo de caráter transnacional específico, de origem costumeira, particular da indústria do petróleo, porém vinculada ao universo geral da *lex mercatoria* por importar dela os princípios fundamentais.

**(11) A *lex petrolea* e o Direito do Petróleo e Gás possuem objetos distintos de investigação.** A *lex petrolea* nada mais é do que a *lex mercatoria* dos contratos internacionais da indústria do petróleo, que materializam as relações comerciais e negociais da indústria. A natureza da *lex petrolea*, portanto, é eminentemente internacional, ainda que alguns de seus princípios possam integrar os sistemas jurídicos aos quais os ordenamentos internos se filiam, como o *Common Law*, o *Civil Law* ou o Direito Islâmico. O Direito do Petróleo e Gás constitui uma disciplina jurídica ou um campo de investigação que compreenderia diversos ramos do direito interno, público ou privado, assim como o Direito Comparado, que possuem inter-relação com os aspectos econômicos e técnicos relativos à indústria. Nos países do *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos, esta disciplina é bastante desenvolvida, sob a denominação de *Oil & Gas Law*.

**(12) Os diferentes modelos de contratação entre Estado e empresas petrolíferas podem ser significativamente diferentes do ponto de vista da parte privada, mas podem trazer retornos muito similares aos governos que, por sua vez, preferem cada vez mais adotar formas híbridas.** A existência de modelos distintos de contratos deve ser analisada sob uma dupla ótica: os interesses do Estado hospedeiro e os das empresas petrolíferas. Países considerados de baixo potencial procuram oferecer condições mais atrativas aos investidores internacionais, adotando modelos como o de concessão, *licences* ou o *lease*, enquanto países com médio potencial ou detentores de verdadeiras províncias petrolíferas tendem a maximizar as possibilidades de retorno do Estado, adotando principalmente os contratos de partilha de

produção e do de prestação de serviço.

Esse almejado retorno pode ser obtido através de qualquer das modalidades existentes de contratação, com a adoção de pequenos ajustes, e chegar a resultados de retorno para o Estado bastante semelhantes. Todavia, os Estados preferem lançar mão do hibridismo de formas, incorporando mecanismos de diversos modelos de contratação em um modelo único, ou fazendo conviver modelos distintos na regulação do setor, no que faz aumentar a burocracia e a complexidade regulatória. Tal conclusão se aplica à discussão atualmente existente no Brasil sobre a adoção do modelo de partilha de produção em convivência com o modelo de concessão.

**(13) A necessária ponderação, em mão dupla, entre a *lex petrolea* e o DIP.** A *lex petrolea* deve preocupar-se com a preservação dos princípios gerais do direito e os específicos das relações comerciais e negociais no âmbito da indústria do petróleo, como a segurança jurídica e a proteção do investimento privado; de outro lado, é legítimo que os Estados busquem maximizar o retorno sobre uma riqueza natural que deve reverter para o bem-estar geral e o progresso do povo. Nesse sentido, o princípio da soberania – especificamente o subprincípio da soberania permanente sobre os recursos naturais – deve ceder espaço aos demais princípios acolhidos pela *lex petrolea*, bem como ao reconhecimento da interdependência entre os atores econômicos internacionais (dentre os quais o Estado é apenas mais um) e da necessidade de cooperação internacional, consagrando-se o fomento ao exercício da livre iniciativa, de modo a se construir uma ordem econômica mundial mais distributiva e equilibrada, e por que não dizer, mais justa.

## BIBLIOGRAFIA

\_\_\_\_\_. (Org.). *A nova constituição e o direito internacional: propostas e sugestões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *1958 Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the "New York" Convention*. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *1980 United Nations Convention on contracts for the international sale of goods (CISG)*. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *1985 UNCITRAL model law on international commercial arbitration*. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *1988 United Nations Convention on international bills of exchange and international promissory Notes*. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/payments/1988Convention\\_bills\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1988Convention_bills_status.html)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *1995 United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/payments/1995Convention\\_guarantees\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1995Convention_guarantees_status.html)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *2001 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/payments/2001Convention\\_receivables.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *2005 United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/2005Convention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *2008 United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: the "Rotterdam Rules"*. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/transport\\_goods/2008rotterdam\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *A Imunidade Jurisdicional dos Estados. R. de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, a.19, n. 76, out./dez. 1982, p. 05-64.

\_\_\_\_\_. *Arbitration between states, state enterprises, or state entities, and foreign enterprises*. Session of Santiago de Compostela, 1989. Disponível em: <[http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1989\\_comp\\_01\\_en.PDF](http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Autonomy of the parties in international contracts between private persons or entities*. Session of Basel, 1991. Disponível em: <[http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1991\\_bal\\_02\\_en.PDF](http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1991_bal_02_en.PDF)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Convention of 14 march 1978 on the law applicable to agency*. Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=89](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Convention of 15 june 1955 on the law applicable to international sales of goods*. Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=31](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Convention of 22 december 1986 on the law applicable to contracts for the international sale of goods*. Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=61](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Convention of 5 july 2006 on the law applicable to certain rights in respect of securities held with an intermediary*. Disponível em: <[http://hcch.evision.nl/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=72](http://hcch.evision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=72)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro:

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 412 p.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional econômico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, 232 p.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado (parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Equality of treatment of the law of the forum and of foreign law*. Session of Santiago de Compostela, 1989. Disponível em: <[http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1989\\_comp\\_02\\_en.PDF](http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_02_en.PDF)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *MMS Beaufort Sea Lease Sale 202 Garners \$42 Million*. Disponível em: <<http://www.mms.gov/ooc/press/2007/press0418.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria*. In: \_\_\_\_\_. *Festschrift Pierre Lalive*. Basel, Frankfurt a.M.: Helbing und Lichtenhahn, 1993. p. 241-55.

\_\_\_\_\_. *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Origin, mandate and composition of UNCITRAL*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Outer Continental Shelf Lands Act*. Disponível em: <[http://www.onrr.gov/laws\\_r\\_d/PubLaws/PDFDocs/LandsAct1953.pdf](http://www.onrr.gov/laws_r_d/PubLaws/PDFDocs/LandsAct1953.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Rules of ICC as appointing authority in UNCITRAL or other ad hoc arbitration proceedings in force as from 1 January 2004*. Disponível em: <[http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/appointing\\_authority/rules\\_appointing\\_english.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/appointing_authority/rules_appointing_english.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Submerged Lands Act*. Disponível em: <<http://www.boemre.gov/aboutBOEMRE/pdffiles/submerged.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *The development of the lex mercatoria through arbitration*, 1987. Não publicado.

\_\_\_\_\_. *United States Constitution*. Disponível em: <[http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Vade-mécum de direito internacional privado: edição universitária*. 2. ed. rev. e atual. com a colaboração de Suzana Medeiros. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANENIH, Omon. *The UK petroleum production licence: is it a contract or regulation and does it matter? CAR (CEPMLP Annual Review) 6*, 2003. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/assets/images/Omon.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

ANP. *Primeira Rodada de Licitações*. Disponível em: <[http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round1/HTML/Menu1\\_pt.htm](http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round1/HTML/Menu1_pt.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP. *R. de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228abr./jul. 2002. p. 243-272.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZUNI, Domenico Alberto. *Droit maritime de l'Europe*. Paris: Chez M.D.A Azuni, 1805, p. 463. Tome Premier.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTIDA, Ana E.; IFESI-OKOE, Adaeze; MAHMUD, Salim; ROSS, James; WALDE, Thomas. Cross-border unitization and joint development agreements: an international law perspective. *Houston Journal of International Law*, v. 29, issue 2, 2007. p. 355-425.

BEREDJICK, Nicky; WÄLDE, Thomas (Eds.). *Petroleum investment policies in developing countries*. London, Dordrecht, Boston: Graham & Trotman, 1988.

BERGER, Klaus Peter. Transnationalisation of international investment contracts with particular reference to the natural resources industry. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 22, n. 1, 2004, p. 51-58.

BISHOP, R. Doak. *International arbitration of petroleum disputes: the development of a lex petrolea*. *CEPMLP*, Dundee, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol2/article2-3.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

BISHOP, R. DOAK; CRAWFORD, James; REISMAN, William Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials, and commentary*. Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Vol I. São Paulo: Forense, 1996.

BOSSELMAN, Fred; ROSSI, Jim; WEAVER, Jacqueline. *Energy, economics and the Environment*. New York: Foundation Press, 2000.

BRITO, Maria Helena. *A representação nos contratos internacionais: um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

BUCHÉB, José Alberto. *A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. *Projeto de Lei e Outras Proposições*: PL nº 5940/2009. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=447936](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=447936)>. Acesso em: 04 dez 2010.

CANSACCHI, Giorgio. *Nozioni di Diritto Processuale Civile Internazionale*. Torino, 1970.

CARBONNEAU, Thomas E. (Ed.). *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*. Yonkers: Juris Publishing; Cambridge: Kluwer Law International, 1998. Transnational juris publications.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Júlio Marino de. A Renúncia de Imunidades no Direito Internacional. *R. dos Tribunais*, São Paulo, n. 674, dez. 1991, p. 31-56.

CASCIO JR., Frank L. A practical look at the major differences between domestic and international exploration agreements. In: *Rocky Mountain Mineral Law Institute Proceedings*, v. 43, 1997. Chapter 12.

CASELLA, Paulo Borba (Coord). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996. Colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo Thomazinho da Cunha.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CHENG, Chia-Jui (Org.). *Clive Schmitthoff's selected essays on international law*. Dordrecht; Nouvell; London: Martinus Nijhoff Publishers; Graham Trotman; Kluwer Academic Publishers, 1988.

CLAVERO, Bartolomé. *Historia del derecho: derecho común*. 2. Ed. Reimpre. Salamanca: Universidad, 1994.

COLLYER, Wesley O. *Dicionário de comércio marítimo: termos e abreviaturas usados no comércio marítimo internacional*. Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed.: PETROBRÁS, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *Origem do direito comercial*. *R. de Direito Mercantil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, 1996. p. 87-100.

CUNHA, Amanda *et al.* Análise Comparativa Internacional de Aspectos Regulatórios em E&P. In: *Apresentação do Grupo de Pesquisa em Upstream – UERJ/PRH-33*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 31 ago. 2004, p. 15-34.

DE LEONE, Andrea; PICCIRILLO, Alessandro. *Tabula de Amalpha*. Cava dei Tirreni: Di Mauro, 1965.

DELABORDE, Jules. *Traité des avaries particulières sur marchandises: dans leurs rapports avec le contrat d'assurance maritime*, 2. ed. Paris: Chez Renard, 1838.

DELLAPENA, Joseph W. *Suing foreign governments and their corporations*. 2. ed. Ardsley: Transnational Publishers, 2003.

DICKINSON, Andrew; LINDSAY, Rae; PLOONAM, James. *State Immunity: selected materials and commentary*. Nova York: Oxford University Press, 2004. Disponível em: <<http://www.oup.co.uk/pdf/0-19-924326-3.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOLINGER, Jacob. *A dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Colaboração de Suzana Medeiros.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Balanço energético nacional*. Disponível em: <[https://ben.epe.gov.br/downloads/Relatorio\\_Final\\_BEN\\_2010.pdf](https://ben.epe.gov.br/downloads/Relatorio_Final_BEN_2010.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

EXAME.COM. *Governo passa a ter 48,32% do capital da Petrobras*. <<https://exame.abril.com.br/mercados/governo-passa-ter-48-32-capital-petrobras-601753/>>. Acesso em: 04 dez 2010.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Sistema jurídico dos EUA: uma breve descrição*. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Portuguese01.pdf/\\$file/Portuguese01.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Portuguese01.pdf/$file/Portuguese01.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

FIESP. *Classificação de transporte por tipo de modal*. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/infra-estrutura/classificacao.aspx>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

FRANKLIN, BENJAMIN; HALL, D. *Advice to a young tradesman, written by an old one*. In: *The writings of Benjamin Franklin: Philadelphia, 1726-1757*, Vol. II. 1748. Disponível em: <<http://www.historycarper.com/resources/twobf2/advice.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GERMAIN, Michel (Org.) RIPERT, GEORGES; ROBLOT, RENÉ. *Traité de droit commercial*. 15. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

GIERMANN, Heiko A. *The evidentiary value of bills of lading and estoppels*. Piscataway: Transaction Publishers, 2004.

GOLDMAN, Berthold. *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage Internationaux: réalité et perspectives*, Journal du Droit International, *Clunet*, 1979.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Atualizador: Humberto Theodoro Junior.

Grotius Publications Ltd., 1988.

GUCK, Leslie Adam. *Guide to United States customs and trade law after the Customs Modernization Act*. 3. ed. Frederick: Aspen Publishers, 2008.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *About HCCH*. Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=26](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=26)>. Acesso em: 25 nov. 2010.



HERNÁNDEZ, Alfredo Morles. *Curso de derecho mercantil*. Caracas: UCAB, 1998. Tomo I. INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. *International recognition and enforcement of arbitral awards*. Session of Neuchâtel, 1959. Disponível em: <[http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1959\\_neu\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1959_neu_01_en.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Regulamento de arbitragem em vigor a partir de 1º de janeiro de 1998*. Disponível em: <[http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules\\_arb\\_brazilian.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *The Unidroit: an Overview*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 239 p.

LAFER, Celso. Direito Internacional Público Econômico. In: FRANÇA, Rubens Limongi. (Coord). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 201-221.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. (Coords.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. *Do Poder Judiciário*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, 444 p.

LIMA-CAMPOS, Aluísio de (Org.). *Ensaaios em comércio internacional*. São Paulo: Editora Singular, 2006. v. 2.

LUDERS, A. (Ed.). *The Statutes of the Realm: printed by command of His Majesty King George the Third, in pursuance of an address of the House of Commons of Great Britain*. London: *Record Commission*, 11 vols., Vol. I, p. 53-4, 98-100, 1810-1828. From original records and authentic manuscripts. Disponível em: <<http://www.fordham.edu/halsall/source/1283stat-merchants.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 563 p.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, 163 p.

MANIRUZZAMAN, A. F. M. The new generation of energy and natural resource development agreements: some reflections. *Journal of energy and natural resources law*, v. 11, issue 4, 1993, p. 207-47.

MARINHO JUNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Bloch, 1970, 476 p.

MARTIN, A. Timothy. Model contracts: a survey of the global petroleum industry. *Journal of energy and natural resources law*, v. 22, issue 3, 2004. p. 281-340.

MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. - 20. Ed. rev., ampl. e atual: São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A nova *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional (um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde). In: *R. ibero-americana de direito público*. Rio de Janeiro, a. III, n. 8, p. 251–270, abr./jun. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Contratos entre Estados e Empresas Estrangeiras. In: \_\_\_\_\_. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1977, p. 175-187.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, Tomo II, 1974.

MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

MUKAI, Toshio. Agência Nacional do Petróleo – contrato de concessão: comentários e sugestões. In: *R. trimestral de direito público*, São Paulo, n. 25, 1999. p. 82-93.

MURTA, Roberto de Oliveira. *Princípios e contratos em comércio exterior*. São Paulo: Saraiva, 2005.

NAUTICAL LEAGUES TO METERS CONVERSION. Disponível em: <<http://www.metric-conversions.org/length/nautical-leagues-to-meters.htm>>. Acesso em: 04 dez. 2010.

NAUTICAL MILES TO METERS CONVERSION. Disponível em: <<http://www.metric-conversions.org/length/nautical-miles-to-meters.htm>>. Acesso em: 04 dez. 2010.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Lula propõe pré-sal com novo rateio de royalties*. Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2010/12/3/lula-propoe-pre-sal-com-novo-rateio-de-royalties>>. Acesso em: 04 dez. 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

PAN-MONTOJO, Juan; PEDERSEN, Frederik (Eds.). *Communities in european history: representations, jurisdictions, conflicts*. Pisa: Edizione Plus - Pisa University Press, 2007.

PETROBRAS. *Estatuto social*. Disponível em: <[http://www.petrobras.com.br/ri/Show.aspx?id\\_materia=NPlqjGF6RWwgyg7vThZng==](http://www.petrobras.com.br/ri/Show.aspx?id_materia=NPlqjGF6RWwgyg7vThZng==)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

PIRES, Paulo Valois. *A Evolução do monopólio estatal do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, 173 p.

Renovar, 1997.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODAS, João Grandino. *Brasil submetido à jurisdição dos Estados Unidos?* Correio Braziliense, Brasília, 19 jul. 1999, Caderno Direito e Justiça, p. 1.

SAVIGNY, Friedrich Von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1977.

SCHLUMBERGER EXCELLENCE IN EDUCATIONAL DEVELOPMENT. *Petróleo: o petróleo cru é um mineral?* Disponível em: <<http://www.seed.slb.com/v2/FAQView.cfm?ID=1096&Language=PT>> Acesso em: 25 nov. 2010.

SCHREUER, Christoph H. *State Immunity: some recent developments*. Cambridge:

SHAMOS, Michael I. *Intellectual capital glossary*. Institute for eCommerce Carnegie Mellon University, 1999, Disponível em: <<http://euro.ecom.cmu.edu/resources/elibrary/icgloss.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

SILVA, Agostinho Fernandes Dias da. *A imunidade internacional de jurisdição perante o direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

SIQUEIROS, José Luis, La responsabilidad civil de Petróleos Mexicanos en el caso del pozo Ixtoc I". In: *El Foro*, Organo de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, sexta época, n. 18, jul.-set., 1979, p. 59 et seq.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imunidades de Jurisdição e de Execução dos Estados: Proteção a Bens de Bancos Centrais. In: *R. de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 173, p. 18-43, jul./set. 1988.

TAVERNE, Bernard. *Petroleum, industry and governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. 2<sup>nd</sup>. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; Frederick: Aspen Publishers, 2008.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOLEDO, Gastão Alves de. Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional do Petróleo – ANP. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: RT, v. 28, p. 180-207, 1999.

UNITED NATIONS COMMISSION FOR INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL arbitration rules*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

UNITED NATIONS. *The United Nations Convention on jurisdictional immunities of states and their property*. Disponível em: <<http://www.un.org/law/jurisdictionalimmunities/>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Energy Policy Act of 2005*. Disponível em: <[http://www.epa.gov/oust/fedlaws/publ\\_109-058.pdf](http://www.epa.gov/oust/fedlaws/publ_109-058.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VISCHER, F. General course on private international law. *Recueil des cours*, v. 232, 1992-I, p. 21-246.

WAEDELDE, Thomas W. *Mediation/alternative dispute resolution in oil, gas and energy transactions: superior to arbitration/litigation from a commercial and management perspective*. Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy Internet Journal, Dundee, v. 13, n<sup>o</sup> 8, 2003. p. 1. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol13/article13-8.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

WEAVER, Jacqueline Lang; ASMUS, David F. Unitizing oil and gas fields around the world: a comparative analysis of national, laws and private contracts. In: *Houston journal of international law*, v. 28, n. 3, 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Trade to expand by 9.5% in 2010 after a dismal 2009, WTO reports*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/news\\_e/pres10\\_e/pr598\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pres10_e/pr598_e.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

YASSEEN, Mustafa Kamil. l'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités. In: *Recueil des cours*, v. 151, 1976-III. p. 1-114.