

# ARBITRAGEM ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

*Ana Carolina Weber\**

1.1. A arbitragem; 1.2. Características da Arbitragem; 1.3. A Arbitragem e o ente público. Será possível? 1.4. Jurisprudência; 2.1. O Cenário atual da Indústria do Petróleo; 2.2. A arbitragem nos contratos de concessão brasileiros; 3. Conclusão; 4. Referências bibliográficas; 5. Notas.

## *1.1. A arbitragem*

A arbitragem é um meio privado de solução de conflitos, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, mediante o qual as partes selecionam um ou mais especialistas na matéria controversa, para decidir as disputas existentes. A professora Carmen Tiburcio e o professor Jacob Dolinger assim se manifestam:

*“A arbitragem é o meio mais utilizado de solução de litígios fora da esfera do Judiciário. Difere da mediação e da conciliação, pois nesses as pendências entre as partes não são resolvidas por terceiros, mas pela vontade comum dos litigantes, com a ajuda de um mediador ou conciliador. Na arbi-*

*tragem, as partes buscam a solução através de uma decisão imposta por um terceiro que atua como árbitro. (...)*

*Deve-se ainda distinguir a arbitragem de direito internacional privado da de direito internacional público. O Brasil tem tradição na participação em arbitragens de direito internacional público, na qualidade de parte ou de árbitro, sobretudo no que se refere a questões de fronteira. Ultimamente, o Brasil tem participado de arbitragens sobre questões ligadas ao comércio internacional, no âmbito da OMC e do Mercosul.<sup>21</sup>*

A arbitragem coloca-se, assim, como uma via alternativa ao Poder Judiciário. Este, que vem sofrendo diversas modificações em sua estrutura e no trâmite processual, ainda é muito criticado por sua morosidade e falta de especialidade. Nesse sentido, ainda que não se verifique na prática, deveria o Poder Judiciário atender a três funções básicas na sociedade: resolver conflitos de forma ágil e imparcial, fornecer aos demais agentes econômicos os parâmetros das condutas desejadas e oferecer as garantias de que se constitui em uma arena de liberdade contra o abuso do poder, tanto por parte do estado como do poder econômico. Um sistema judicial eficiente deveria dar respostas plausíveis às funções acima com previsibilidade e baixo custo de acesso: vale dizer, um bom sistema deve oferecer alternativas repetidamente conhecidas e pouco dispendiosas.

Entretanto, como se verá em seguida, muitas vezes, a solução pela via judicial não é a mais adequada à solução de conflitos que venham a nascer entre as partes envolvidas em negócios como os da Indústria do Petróleo. Mas optar pela solução pela via arbitral não significa contrariar o artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal, como já decidido pelo STF. Sobre esse aspecto, Juarez Freitas se manifesta:

*“A resolução de disputas, por meios privados, notadamente por arbitragem, como a boa inteligência da Lei 9.307/96 deixa claro, não significa cerceamento do controle jurisdicional derradeiro. Deveras, o Poder Judiciário não é aquele Poder nulo, no pensar de Montesquieu, precisando, nos dias atuais, estar disponível para controlar toda e qualquer atividade administrativa, vinculada ou de discricionariedade vinculada, pela insuperável razão de que nada pode ser subtraído de sua apreciação vocacionada à definitividade, ainda que seja apenas “administrador negativo”.”<sup>22</sup>*

Também sobre o tema, Selma Lemès se pronuncia:

*“É importante notar que a arbitragem não vem para solucionar os problemas crônicos do Judiciário e, muito menos, com ele concorrer. O seu papel é de coadjuvar na administração da Justiça”<sup>3</sup>*

É assim que, em um sistema muito ligado ao processualismo judicial, a arbitragem se coloca como uma inovação, e, por isso, muitas vezes, há um receito das partes em admiti-la. Mas as características da arbitragem a fazem um meio de solução de conflitos muito mais conectado às necessidades e peculiaridades dos envolvidos em litígios.

## **1.2. Características da Arbitragem**

A arbitragem em comparação com a solução de litígios pela via judicial apresenta diversas vantagens e também algumas diferenciações. Neste tópico, trataremos de algumas delas.

a) **Especialidade:** É dado às partes nomear como árbitros especialistas na matéria objeto da disputa. Isso concede uma maior consistência à decisão e também permite evitar eventuais gastos com perícias que deveriam ser realizadas em razão da especialidade da matéria.

Carmen Tiburcio e Suzana Medeiros comentam:

*“De fato, juízes e tribunais, por mais capacitados que possam ser, lidam com uma variedade de matérias que vão de questões possessórias a conflitos envolvendo a interpretação de contratos de alta complexidade; passando ainda por questões familiares, ambientais, locações, leasing, dentre outra. Compreensivelmente, os membros do Poder Judiciário são, em regra, generalistas, e não especialistas. Pode-se optar, ainda, pela composição de um tribunal arbitral com advogados, engenheiros, economistas, conforme a natureza do conflito. Além disso, o tempo que um árbitro poderá destinar ao estudo do caso é muito superior ao que um juiz – por mais que quisesse – seria capaz de dedicar.”<sup>4</sup>*

Sobre a escolha dos árbitros dispõe o artigo 13 da Lei 9.307/1996:

*“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.*

§ 1º *As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.*

§ 2º *Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.*

§ 3º *As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.*

§ 4º *Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.*

§ 5º *O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.*

§ 6º *No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.*

§ 7º *Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.”*

Complementa o artigo 18:

*“Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”*

b) **Celeridade:** O artigo 23 da Lei de Arbitragem assim dispõe:

*“Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.*

*Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.”*

Observa-se, neste diapasão, que a intenção do legislador foi incentivar que a solução do litígio pela via arbitral se desse de maneira célere. Nesse sentido, percebe-se que a arbitragem é mais suscinta que o processo judicial, que prima pelo excesso de recursos, dos quais muitas vezes se valem as partes com o único intuito de postergar a eficácia das decisões.

Dessa forma, surgido o conflito entre o as empresas privadas e o Estado hospedeiro, àquele e também ao Estado, que age na defesa do interesse público, é benéfico que o litígio seja solucionado por pessoas especialistas no tema e de forma breve, sem que seja necessário aguardar anos para se obter um pronunciamento sobre aquela discussão.

c) **Irrecorribilidade:** A sentença arbitral é definitiva, apenas cabendo pedido de esclarecimento ao próprio juízo arbitral<sup>5</sup> sobre algum aspecto da decisão. Aqui se trata, como dito anteriormente, de mais uma vantagem frente ao poder judiciário.

Contudo, a irrecorribilidade não significa arbitrariedade por parte dos árbitros. A decisão deverá ser proferida dentro dos cânones jurídicos, restando ainda à parte, caso seja verificada algum vício na sentença arbitral, recorrer ao Judiciário para obter a anulação da sentença.<sup>6</sup> Desse ponto trata o artigo 32 da Lei de 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.”*

**d) Maior Autonomia da Vontade das Partes:** A arbitragem é, hoje, unicamente voluntária, ou seja, ela só será adotada se ambas as partes pactuam nesse sentido. Não há, dessa forma, modalidade de sujeição compulsória ao juízo arbitral no Brasil; a arbitragem só é adotada se ambas as partes pactuam nesse sentido.<sup>7</sup>

Ademais, as partes podem escolher, por exemplo, os árbitros, as regras de direito material e processual aplicáveis, podendo a legislação adotada ser nacional ou estrangeira, princípios gerais do Direito, usos e costumes, regras internacionais de comércio (*lex mercatoria*), equidade.

O limite para a autonomia de vontade das partes na escolha das normas aplicáveis ao procedimento arbitral está disposto no parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Arbitragem: não poderão ser aplicadas no Brasil normas estrangeiras que afrontem os bons costumes e a ordem pública nacional.<sup>8</sup>

**e) Preservação do Relacionamento das Partes:** Em geral, o procedimento arbitral costuma gerar menos animosidade entre as partes do que o processo judicial, aspecto extremamente positivo em determinadas situações, como no caso em que as partes são signatárias de um contrato comercial de longo prazo.

Trata-se exatamente do quadro em que se inserem os negócios petrolíferos. Os contratos de exploração de petróleo têm duração muito longa, desta forma, a solução de eventual litígio que venha a surgir no curso da prática contratual deve ser obtida de forma célere e de maneira a preservar os interesses envolvidos, principalmente, o interesse público, que normalmente está relacionado à conclusão daquilo que fora contratado.

### ***1.3. A Arbitragem e o ente público. Será possível?***

A análise da possível submissão de um ente público à arbitragem, necessariamente, passa pelo exame da arbitrabilidade, que engloba duas etapas: arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae* (determina quem pode se submeter à arbitragem) e a arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae* (define quais matérias podem ser resolvidas pelo juízo arbitral, ou seja, o objeto da controvérsia). Caso os árbitros prossigam com o julgamento na hipótese de litígio não arbitrável, o laudo que vier a ser pro-

ferido será passível de nulidade pelo tribunal do país da sede da arbitragem ou terá a sua execução negada.

Partiremos da análise da arbitrabilidade subjetiva dos litígios envolvendo entes públicos. O artigo 1º da Lei de Arbitragem determina quais as pessoas podem se submeter à arbitragem. Assim, dispõe:

*“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”*

Assim, coloca-se como requisito subjetivo a capacidade de contratação. Comentando tal condição, Selma Lemes nos mostra:

*“no direito arbitral o conceito de arbitrabilidade subdivide-se em arbitrabilidade subjetiva e objetiva. A primeira refere-se aos aspectos da capacidade para poder se submeter à arbitragem e, no direito público e administrativo, seja como pessoa jurídica de direito público (Estado e autarquias) ou de direito privado (sociedade de economia mista e empresa pública) o ente público e privado a possui.”<sup>9</sup>*

No que se refere à utilização da arbitragem pelos entes públicos, Suzana Domingues Medeiros comenta:

*“Não encontramos nenhum autor afirmando que entes públicos, por suas características intrínsecas, estariam proibidos de utilizar a arbitragem. Em relação à arbitrabilidade subjetiva, deve-se apenas verificar se a legalidade está sendo observada. Isto é, caso o Estado figure em um dos pólos da relação jurídica, será necessária expressa autorização legal para que se possa fazer uso da arbitragem.”<sup>10</sup>*

O princípio da legalidade constitui, dessa forma, um pressuposto à utilização da arbitragem pelo Estado e entes da Administração Pública. Em razão desse princípio, a Administração, além de só poder fazer aquilo que não é vedado por lei, também só pode fazer o que é expressamente permitido por lei. O princípio da legalidade segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro:

*“Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. (...) Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer*

espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, para tanto, ela depende de lei.”<sup>11</sup>

Nesse sentido, também se destacam os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

*“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”*<sup>12</sup>

Assim, é que se chegaria à conclusão de que para um Estado celebrar uma cláusula arbitral seria necessária autorização legislativa específica para este fim. Contudo, é possível observar a respeito deste ponto três posições doutrinárias.

A primeira delas é a de Arnaldo Wald e Cláudio Valença que dispensam a autorização legislativa:

*“Entendemos que, muito embora a lei não o tenha expressamente previsto, pode o contrato estabelecer a arbitragem como forma de composição de conflitos decorrentes da interpretação e aplicação de suas cláusulas, competindo ao árbitro ou ao tribunal o julgamento definitivo da controvérsia.”*<sup>13</sup>

*“Uma vez demonstrada a natureza jurisdicional da arbitragem e a decorrente ausência de poderes jurisdicionais do Estado, sempre que as partes houverem validamente concluído uma convenção de arbitragem, cabe-nos, agora, indagar sobre a capacidade do Estado para comprometer, antes de examinarmos a existência de eventual autorização contida na lei de concessões.*

*A validade das convenções de arbitragem inseridas em contratos administrativos deriva diretamente da natureza jurisdicional da arbitragem, sendo, para tanto, despicienda qualquer forma de autorização legislativa.”*<sup>14</sup>

Já outros autores entendem só ser possível a submissão do ente público à arbitragem quando houver lei autorizando esta atuação do Estado. Sérgio de Andréia Ferreira vislumbra ser necessária uma lei autorizativa específica, proveniente do legislativo do ente envolvido, para que se permita que a Administração recorra à arbitragem.

*“Para as questões de direito público, haverá de existir lei própria (especial, neste sentido, não obstante, geral), editável por*

*cada entidade político-federativa, cabendo à União, também em lex specialis de direito público, dispor, nos termos dos arts. 22, XXVII, 24, XI, e 30, II da CF, sobre normas gerais nacionais quanto à cláusula compromissória e ao compromisso, enquanto modalidades de contratação; e de procedimento em matéria processual, respeitada a competência federal, privativa, segundo o art. 22, I da Carta Magna.*

*Inexiste o pressuposto necessário da autorização legislativa caso a caso: ou se tem a lex specialis geral, por si suficiente, ou, na sua falta, lei específica para a hipótese, com o estabelecimento da disciplina pertinente.*

*Na ausência da lex specialis, a Lei n. 9.307/96 pode ser aplicada às contendas públicas internas, atendida a distinção entre aquilo que é de ordem pública e o que é comercial; e como exclusão dos permissivos que autorizam o julgamento que não seja de direito, mas de equidade, e que deixam, à livre escolha das partes, as regras de direito que serão aplicadas; ou julgamento que se baseie, também ex voluntate, não na regra jurídica incidente, mas em princípios gerais de direito, usos e costumes, não embasados na legislação de regência.”<sup>15</sup>*

Outros autores trabalham a questão de forma diversa. Sustentam a utilização da arbitragem pelo ente estatal, com base em uma autorização legislativa genérica, no caso o artigo 1º da lei de arbitragem, ou utilizam-se da analogia a dispositivos legais que expressamente previram a arbitragem para construir uma autorização ampla para a Administração submeter-se à arbitragem<sup>16</sup>. Neste ponto, destacam-se os comentários de José Emílio Nunes Pinto:

*“Portanto, entendemos que, a despeito de respeitáveis opiniões não se possa tratar como exceção a matéria da arbitrabilidade subjetiva nos contratos com o Estado. Assim sendo, somos de opinião que inexistente qualquer princípio geral que, per se, impeça o Estado e sua empresas de participar de procedimentos arbitrais. Superado este obstáculo, entendemos, entretanto, que, por força do princípio da legalidade, a arbitrabilidade subjetiva esteja a depender de autorização legal. Finalmente, entendemos que essa autorização geral existe e está presente no texto do artigo 1º da Lei de Arbitragem.”<sup>17</sup>*

A terceira posição é que entende não ser possível submeter litígios em que sejam partes entes públicos à arbitragem. Partilham deste entendimento Renato Geraldo Mendes e Lúcia Valle Figueiredo. A autora chega a afirmar:

*“Ocorre que, consoante, pensamos, o juízo arbitral, nos termos da Lei 9.307, de 23.9.96, estaria, com a vênia devida daqueles que pensam em contrário, absolutamente descartado.*

*A uma, porque destina-se aos direitos disponíveis, portanto não poderia servir para dirimir questões em que está envolvido o interesse público.”<sup>18</sup>*

Assim, a ausência de uma lei autorizativa genérica contribui para o incremento da discussão doutrinária. Entretanto, artigo 55 parágrafo 2º<sup>19</sup> de Lei de Licitações dificulta ainda mais a utilização da arbitragem por entes da administração pública.

Ao exigir a previsão de cláusula declarando competente o foro da sede da Administração, inclusive nos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, *a contrario sensu*, o dispositivo estaria vedando a existência de cláusula compromissória, já que, em regra, cláusula de eleição de foro e cláusula arbitral são incompatíveis.

Para esclarecer a questão destacamos os ensinamentos trazidos por Suzana Domingues Medeiros:

*“Sem dúvida, o objetivo principal do dispositivo é vedar a escolha de foro estrangeiro. Diante da omissão da referência a “juízo arbitral” para as hipóteses de licitação internacional, poder-se-ia indagar se essa omissão teve o objetivo de excluir a utilização da arbitragem e autorizar apenas a eleição de foro. Mauro Roberto Gomes de Mattos entende continuar sendo possível a utilização da arbitragem (...)*

*A principal questão está, porém, na primeira parte do dispositivo, que prevê a obrigatoriedade de cláusula declarando competente o foro da sede da Administração. Conforme já enunciado, esse dispositivo constitui ponto central do debate em torno da possibilidade de entes da Administração Pública submeterem-se à arbitragem. Embora adotando fun-*

*damentos diversos, vislumbram-se duas correntes na doutrina sobre a interpretação e aplicação desse dispositivo:*

*1) Autores que entendem que o dispositivo constitui obstáculo à adoção da arbitragem nos contratos administrativos. Jessé Torres Pereira Junior e, aparentemente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro adotam essa posição.*

*2) Autores que restringem a incidência do dispositivo e defendem que ele não constitui um empecilho à adoção da cláusula arbitral nos contratos administrativos. Adeptos dessa corrente estão, dentre outros, Adilson Abreu Dallari, Arnoldo Wald e Carlos Alberto Carmona.”<sup>20</sup>*

Concluindo-se, portanto, pela possível arbitrabilidade subjetiva do estado, faz-se necessário, em seguida, analisar a arbitrabilidade objetiva dos eventuais litígios que venham a surgir. O artigo 1º da Lei de Arbitragem afirma que só podem ser submetidos à arbitragem “*direitos patrimoniais disponíveis*”. Daí conclui-se por obviedade que os indisponíveis não podem se submeter a arbitragem. Foi nesse sentido que o artigo 25 da Lei de Arbitragem dispôs:

*“sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.”*

Resta, portanto, saber o que seriam direitos patrimoniais disponíveis. O artigo 852 do Código Civil de 2002 nos traz exemplos de quais não seriam tais direitos, permitindo, por um juízo de exclusão, construir um entendimento de quais seriam disponíveis:

*“Vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal, de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”*

Relativamente aos direitos disponíveis e à administração pública diversos autores se manifestam no sentido de reconhecer a diferença entre atos de *ius gestionis* e atos de *ius imperii*. Os primeiros seriam os atos praticados pela Administração quando exercendo funções tipicamente negociais e os segundos quando na posse de seu poder de império. Sobre o tema destacam-se os seguintes entendimentos.

Cláudio Viana de Lima afirma:

*“Se, no âmbito interno, em se cogitando de contrato público, predominantemente regido pelo Direito Privado, o Estado pode, no exercício do ius gestionis, portanto sem uso de sua autoridade (ius imperii), firmar convenção de arbitragem, sendo o conflito a resolver relativo a direito patrimonial disponível, e não se cogitando de casos de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira (art. 89 do Código de Processo Civil; art. 7º, da Lei de Falências, Decreto-lei nº 7.661, de 21.06.1945), que afasta qualquer outra competência (internacional ou interna), com ressalva dos princípios da conveniência e efetividade, cabe a arbitragem também.”<sup>21</sup>*

Pedro Batista Martins complementa:

*“Sendo o ajuste contratado no desempenho de atividade do Estado com preponderância do seu poder político, agindo, pois, com causa de utilidade pública, impõe-se as cláusulas e condições acordadas no ordenamento de direito público, cujo conteúdo não é passível de transação. Estamos, nesse caso, frente ao ato ius imperii, ao qual se curva o particular e, a reboque, a cláusula compromissória.*

*Contudo, se a relação entabulada pelo Estado ou por um de seus entes de direito público refletir ato de natureza privada, estão estes atuando no cenário comercial, desprovidos das prerrogativas do direito público, equiparando-se, pois, aos particulares contratantes. Assim, ao praticar atos ius gestionis, podem comprometer-se em sujeitar-se à solução arbitral e, inclusive, aplicar lei estrangeira à própria controvérsia.*

*Tratando-se de contrato jure gestione, legítima e válida a cláusula arbitral, tanto no trato das relações de direito interno quanto internacional.”<sup>22</sup>*

José Emílio Nunes Pinto vai além e procura analisar minuciosamente os contratos administrativos, chegando à conclusão de que não seriam arbitráveis às questões relacionadas às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos:

*“Em síntese, entendemos que, nos contratos com o Estado e suas empresas, estes dispõem de autorização legal para sub-*

*meter as respectivas controvérsias à arbitragem, nos termos do artigo 1º da Lei de Arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), mas as controvérsias relativas às cláusulas exorbitantes não darão lugar à arbitragem por se caracterizarem como direitos indisponíveis, estando excluídas, portanto, do escopo da arbitrabilidade objetiva.”<sup>23</sup>*

#### 1.4. Jurisprudência

Verificada as posições adotadas pela doutrina, cabe-nos agora analisar os entendimentos que têm sido firmados pela jurisprudência.

Selma Lemes destaca posicionamento adotado pelo STF no famoso caso Lage:

*“A submissão do Estado à arbitragem nas relações privadas foi levada ao STF que, em sessão plenária e por unanimidade, em 1973, no Agravo de Instrumento nº 52.181 – GB, relator Ministro Bilac Pinto, em memorável julgamento envolvendo a União Federal e o Espólio de Henrique Lage e outros (RTJ 68/382), definitivamente espancou todas as dúvidas existentes quanto à possibilidade de o Estado solucionar diferendos por arbitragem.”<sup>24</sup>*

Cabem alguns comentários sobre a referida decisão. A primeira vista, pelo que se extrai da ementa do julgado, chegar-se-ia à conclusão de que o STF entendeu pela submissão do Estado à arbitragem sem ser necessário qualquer requisito especial. Contudo, ao verificarmos o inteiro teor desta decisão percebemos que o STF referiu-se de forma expressa ao princípio da legalidade. Destaca-se o trecho:

*“É certo que o negócio jurídico pode exigir e isso se dá pode ocorrer, aliás, em se tratando de causa em que seja parte a Fazenda Pública) uma autorização legislativa para a instituição de Juízo Arbitral e, em tal caso, provindo da lei, como sucede na hipótese, a subtração do litígio às justiças regulares. Mas o compromisso firmado com a outra parte importaria na aceitação por esta da via adotada em substituição à judiciária, conservando-se assim no plano consensual a solução arbitral.”*

Um caso mais recente é o chamado Caso Guggenheim. Trata-se de uma ação popular com fins de anular cláusulas do contrato celebrado en-

tre a Fundação Solomon e o município do Rio de Janeiro para a instalação do Museu Guggenheim nesta cidade. Entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em julgamento de agravo de instrumento, que seria necessária lei expressa autorizando a submissão daquele conflito à arbitragem.<sup>25</sup>

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se positivamente pelo uso da arbitragem pelos entes estatais. Em julgamento unânime, a Segunda Turma do STJ extinguiu, sem julgamento de mérito, o processo movido pela Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), do Rio Grande do Sul, contra a empresa AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. A conclusão da Turma, seguindo o entendimento do relator, ministro João Otávio de Noronha, foi de que a eleição de cláusula arbitral constitui uma das causas para a extinção do processo sem julgamento de mérito, afastando, obrigatoriamente, a solução judicial do litígio.<sup>26</sup>

No caso, a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), sociedade de economia mista com sede no Estado do Rio Grande do Sul, ajuizou uma ação contra a AES na qual alegou que ela descumpriu injustificadamente contrato firmado entre elas para a aquisição de potência e energia elétrica.

A AES contestou, sustentando a existência, no contrato firmado entre as partes, de cláusula compromissória convencionando a formação de juízo arbitral na hipótese de conflitos. Requereu, assim, a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VII, do estatuto processual civil.

Em primeiro grau, a sentença entendeu que a CEEE era uma empresa prestadora de serviço público essencial, consistente na produção e distribuição de energia elétrica, não podendo, sem a competente autorização do legislativo estadual, abrir mão do devido processo legal para dirimir eventuais conflitos concernentes ao serviço público por ela prestado.

Inconformada, a AES interpôs o recurso de agravo de instrumento previsto nos artigos 522 e seguintes do CPC, devolvendo a controvérsia ao Tribunal de Justiça local. Em seguida, o TJ negou provimento ao apelo à unanimidade, por concluir que é livre o acesso ao Poder Judiciário.

No recurso especial, a AES defende que a cláusula compromissória é obrigatória para a solução de conflitos surgidos na execução do pactuado, de forma que o acórdão recorrido, ao negar a eficácia à referida cláusula e, por conseguinte, não extinguir o processo sem julgamento de mérito, contrariou o disposto nos artigos 3º, 4º, 7º, 8º e 20 da Lei 9.307/96 e 267, VII, do CPC.

Ao votar, o relator, ministro João Otávio de Noronha, examinou as questões levantadas pela empresa. Quanto à primeira, que diz respeito ao efeito da inserção da cláusula compromissória no contrato, o ministro entendeu que, desde o momento em que, dentro do contexto de um instrumento contratual, estipule-se que eventual controvérsia entre os contratantes acerca das obrigações avençadas será dirimida por meio de árbitros, estará definitivamente imposta como obrigatória a via extrajudicial.

Destacou:

*“O juízo arbitral, havendo suposto litígio, não poderá ser afastado unilateralmente, de forma que não poderá apenas uma das partes contratantes impor seu veto ao procedimento arbitral. Com efeito, ante a existência de cláusula compromissória, permite-se à parte interessada em resolver eventual litígio tomar a iniciativa para a instauração da arbitragem, ficando a outra, uma vez efetuado o pedido, obrigada a aceitá-la, de modo que não há possibilidade de a parte discordante optar entre a jurisdição estatal e o procedimento arbitral”.*

Quanto à questão relativa à possibilidade de uma sociedade de economia mista celebrar contrato de compra e venda no qual conste o instituto da cláusula compromissória, o ministro Noronha disse que a cláusula é válida, sendo dispensável a necessidade de autorização do Poder Legislativo estadual para que se possa efetivar tal procedimento. Efetivamente, a referida empresa estatal pode firmar, validamente, compromisso arbitral.

Passamos, agora, à análise das decisões administrativas proferidas no âmbito dos Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas da União (TCU) vem firmando o entendimento<sup>27</sup> de serem inválidas cláusulas arbitrais quando não houver auto-

rização legislativa expressa para o caso. Na decisão 188/95, ao analisar o procedimento licitatório da Ponte Rio Niterói, o TCU pronunciou-se:

*“24.2 A segunda das críticas refere-se ao teor dos itens 204 a 208 do Edital de Propostas de Tarifa, que tratam da resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER por meio de arbitragem. Tal método foi considerado inadmissível em contratos administrativos pelo Tribunal na Sessão de 15.07.93 - Decisão nº 286/93 - Plenário -, quando a Corte decidiu, entre outros pontos: “1. conhecer, como consulta, o expediente do Aviso nº 167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para respondê-lo que o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)”<sup>28</sup>*

Por fim, destaca-se a decisão no Processo nº 7223/026/98 proferida pelo tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Nesta decisão, o TCE-SP, ao considerar legais a licitação e o contrato celebrado para melhoria hidráulica do Rio Tietê, não se pronunciou sobre cláusula arbitral constante de tal instrumento contratual. Assim, a partir de tal omissão é possível entender como válida a cláusula.<sup>29</sup>

## ***2.1. O Cenário atual da Indústria do Petróleo***

A indústria do Petróleo representa hoje um dos grandes marcos da economia mundial. A história do petróleo no mundo, ainda que não tão recente, nos mostra o quão dependente deste produto a sociedade moderna tornou-se. Em razão de sua relevância, faz-se necessária a análise da submissão de litígios petrolíferos à arbitragem.

Carmen Tiburcio e Suzana Domingues Medeiros destacam a relevância da arbitragem para os contratos petrolíferos:

*“A arbitragem é atualmente o meio de solução de controvérsias mais utilizado no âmbito do comércio internacional. Na indústria do petróleo, a via arbitral também vem adquirindo posição de destaque, não só contratos privados, como o Joint*

Operating Agreement (JOA), mas também nos contratos de concessão (ou similares) para exploração e produção de petróleo e gás.”<sup>30</sup>

Inúmeras vantagens a arbitragem traz à indústria do petróleo. Como vimos no capítulo anterior, a arbitragem caracteriza-se por sua especialidade. É dado às partes escolherem para a solução de suas disputas árbitros especializados naquela determinada matéria. Dessa forma, destacam Carmen Tiburcio e Suzana D. Medeiros:

*“Sem dúvida, o fato de se poder escolher especialistas da indústria do petróleo como árbitros é uma grande vantagem em relação ao processo judicial, em que o juiz deve conhecer as mais distintas áreas. De fato, juízes e tribunais, por mais capacitados que possam ser, lidam com uma variedade de matérias que vão de questões possessórias a conflitos envolvendo a interpretação de contratos de alta complexidade; passando ainda por questões familiares, ambientais, locações, leasing, dentre outras. Compreensivelmente, os membros do Poder Judiciário são, em regra, generalistas, e não especialistas. Pode-se optar, ainda, pela composição de um tribunal arbitral com advogados, engenheiros, economistas, conforme a natureza do conflito. Além disso, o tempo que um árbitro poderá destinar ao estudo do caso é muito superior ao que um juiz – por mais que quisesse – seria capaz de dedicar.”<sup>31</sup>*

Ademais, a solução de litígios pela via arbitral significa, em comparação a disputas submetidas ao Poder Judiciário, um resultado decisório mais rápido. Como vimos, ainda que na prática possa se exceder tal termo, a Lei de Arbitragem fixou em seu artigo 23 um prazo de 6 meses para que seja proferida a sentença arbitral pelos árbitros.

Outra vantagem da arbitragem é a irrecorribilidade de suas decisões. Ao particular que contrata com um ente estatal, por exemplo, a exploração de determinado campo de petróleo, muito mais seguro é saber que uma vez obtida a decisão arbitral, o Estado não irá se valer de mecanismos recursais protelatórios para impedir a efetividade de tal pronunciamento. Ainda sobre a relação com os entes estatais, Carmen Tiburcio e Suzana Domingues Medeiros destacam:

*“A possibilidade de ter as disputas decorrentes desses contratos solucionadas por um meio neutro e imparcial, fora do âm-*

*bito do Poder Judiciário do país hospedeiro (na maioria dos países o contrato de concessão é celebrado pelo próprio Estado ou por uma agência ou empresa estatal que detém a propriedade ou os direitos de exploração do petróleo e do gás), garante uma enorme segurança para o investidor estrangeiro. Além disso, 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 relação à arbitragem, mas somente quando o Estado se submete à jurisdição de outro Estado soberano. Deve-se mencionar, inclusive, resolução do Instituto de Direito Internacional de 1988, que afirma que “Un État, une entreprise d’État ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d’arbitrage pour refuser de participer à l’arbitrage auquel il a consenti”.*<sup>32</sup>

Finalmente, destacamos a característica de maior autonomia da vontade das partes. Ao submeter o litígio à arbitragem poderá o particular, em acordo com o ente público<sup>33</sup>, estabelecer as regras que melhor se adequem ao mérito daquele litígio. Carmen Tiburcio e Suzana Domingues Medeiros discorrem sobre o tema:

*“A utilização desta forma de solução de conflitos é benéfica também porque propicia maior liberdade com relação à lei aplicável ao mérito do litígio. Alguns países ainda insistem em não reconhecer às partes a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável ao contrato, o que torna o tema bastante controvertido quando analisado pelo Judiciário desses países. No campo da arbitragem, prevalece a autonomia da vontade em praticamente todos os seus aspectos, reconhecendo-se ampla liberdade para as partes escolherem a lei que melhor atenda aos seus interesses.”*<sup>34</sup> *As partes podem, inclusive, escolher aplicar apenas os princípios do comércio internacional (a chamada lex mercatoria), e não se restringir a uma lei estatal. Essa liberdade adquire fundamental importância quando o contrato de concessão é celebrado, por exemplo, com países do Oriente Médio, onde estão situadas as maiores reservas de petróleo e gás do mundo, e cujas legislações são de base religiosa e totalmente estranhas ao investidor estrangeiro.*

*A liberdade da arbitragem também alcança a lei aplicável ao procedimento arbitral. As partes, além de poderem escolher se querem uma arbitragem institucional ou ad hoc e as regras a serem aplicadas pelos árbitros ao procedimento arbitral, também poderão escolher a lei processual aplicável em caso de lacuna das regras escolhidas. Essa liberdade quanto à escolha da lei processual inexistente na jurisdição estatal, pois o juiz deve necessariamente aplicar a lex fori.”<sup>35</sup>*

Toda essa análise de vantagens da arbitragem para a indústria do petróleo é reforçada pelas inúmeras decisões que o direito comparado nos traz. Destacamos algumas delas.

Sobre a Lei aplicável ao Mérito da arbitragem José Alberto Bucheb comenta o caso Kuwait vs Aminoil:

*“No compromisso arbitral celebrado em 1979, as partes atribuíram ao painel de árbitros a determinação da lei aplicável com base na natureza da personalidade jurídica das partes no caráter internacional de suas relações e nos princípios de direito e na prática corrente no mundo contemporâneo. O contrato celebrado originalmente pelas partes previa que estas conduziriam suas relações de acordo com os princípios da cooperação e da boa-fé e que o acordo seria interpretado com base nos princípios comuns à legislação do Kuwait e à do Estado de Nova Iorque e, não ausência destes, em conformidade com os princípios normalmente reconhecidos pelas nações civilizadas, inclusive aqueles usualmente aplicados pelos tribunais internacionais. Neste aspecto, o tribunal observou que a lei do Kuwait aplicava-se a diversas matérias, enfatizando constituir-se num sistema legal bastante desenvolvido, comportando, inclusive, regras de direito internacional público.*

*Os árbitros assinalaram, também, que ao se referir ao caráter internacional das relações entre as partes e aos princípios gerais de direito, o compromisso arbitral sugeria ao tribunal a aplicação de uma grande variedade de fontes de direito. O tribunal concluiu afirmando que, no caso em questão, estas diferentes fontes, em vez de se contradizerem, se combinavam para a solução do litígio.”<sup>36</sup>*

Sobre o Caso Götaverken, decidido pela Corte de Apelação francesa, os professores Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio comentam:

*“A Corte de Apelação francesa decidiu a favor da empresa sueca, não acolhendo a pretensão da G.N.M.T.C. Dentre as razões dessa declaração (...) é interessante mencionar o destaque que se deu ao caráter internacional da negociação e a desvinculação do litígio ao local da sede da arbitragem, o qual foi escolhido justamente por sua neutralidade, exatamente como havia sustentado a reclamada sueca. Entendeu a Corte francesa que o elemento acidental da localização da arbitragem não poderia ser decisivo na determinação da lei processual aplicada subsidiariamente ao regulamento da arbitragem livremente escolhido pelas partes.”<sup>37</sup>*

## **2.2. A arbitragem nos contratos de concessão brasileiros**

A Lei 9.478/97 contemplou a utilização da arbitragem para a solução de conflitos na indústria do petróleo.<sup>38</sup> O artigo 43 inciso X assim dispõe:

*“Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:*

(...)

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

Trata-se de autorização expressa do legislador para que os conflitos surgidos no âmbito deste setor sejam solucionados pela via arbitral. Desta forma, estaria sendo respeitado o princípio da legalidade para que seja configurada a arbitrabilidade subjetiva do ente estatal que venha a celebrar contratos de concessão na esfera da indústria do petróleo.

Sobre a arbitrabilidade objetiva de tais litígios trazemos os ensinamentos de José Alberto Bucheb:

*“Assim, por este raciocínio, pode-se concluir que os recursos minerais, aqui incluídos o petróleo e o gás natural mencionados nos incisos V e IX do art. 20 da Constituição Federal, estariam inseridos entre os bens de domínio privado (bens dominicais) da União, ou seja, constituir-se-iam em bens patrimoniais disponíveis e, portanto, as controvérsias a eles re-*

*lacionadas poderiam ser examinadas em juízo arbitral, em conformidade com o art. 1º da Lei 9.307/96.”<sup>39</sup>*

Ademais, os diversos contratos de concessão elaborados pela Agência Nacional do Petróleo em suas rodadas de licitação para conceder a exploração de campos petrolíferos consagram a norma constante da lei do Petróleo. A título de ilustração trazemos a redação da cláusula do contrato da Sexta Rodada:

*“Cláusula Trigésima-Primeira – Regime Jurídico (...)*

*Conciliação*

*31.2 As Partes envidarão todos os esforços no sentido de resolver entre si, amigavelmente, toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou com ele relacionada. Poderão também, desde que firmem acordo unânime por escrito, recorrer a perito internacional, para dele obter um parecer fundamentado que possa levar ao encerramento da disputa ou controvérsia.*

*31.2.1 Firmado um acordo para a intervenção de perito internacional, nos termos do parágrafo 31.2, o recurso à arbitragem, previsto no parágrafo 31.3, somente poderá ser exercido depois que esse perito tiver emitido seu parecer fundamentado.*

*Arbitragem*

*31.3 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 à arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes princípios:*

*(a) Serão três os árbitros. Cada Parte escolherá um árbitro (com todos os Concessionários agindo como uma só Parte). Os dois árbitros assim escolhidos nomearão o terceiro, que exercerá as funções de presidente;*

*(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 inglês (ou 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) O laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes;*

*Foro*

*31.4 As Partes elegem o foro da Cidade do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, inclusive para os efeitos da Lei nº 9.307/96, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.”<sup>40</sup>*

Comentando o conteúdo de tal previsão, Carmen Tiburcio e Suzana Domingues Medeiros afirmam:

*“Assim, ainda se percebe a coexistência das cláusulas de eleição de foro e compromissória, sem que fique bem delineado o âmbito de aplicação de cada uma, persistindo a crítica já feita a respeito. Inclusive, quanto à primeira, a alteração feita, com o intuito de aperfeiçoar a redação, pode trazer ainda mais controvérsias relativamente à sua aplicação, pois se determinou que o foro da Cidade do Rio de Janeiro é o único competente, inclusive para os efeitos da Lei nº 9.307/96, que é a Lei de Arbitragem, o que deixou a cláusula sem muito sentido. Na redação anterior, previa-se que o foro escolhido da Cidade do Rio de Janeiro seria o competente para apreciar as questões que não versassem sobre direitos patrimoniais disponíveis, estes submetidos à arbitragem. Na redação atual, a referência à Lei de Arbitragem sem qualquer observação adicional pode dar margem a que se interprete que a cláusula de foro prevalece sobre a compromissória ou ainda que todas as situações que devam ser examinadas pelo Judiciário, em conformidade com a Lei de Arbitragem, devam ser submetidas ao juízo do Rio de Janeiro, o que também não é aconselhável. Cabem aqui as críticas já formuladas anteriormente sobre o risco de se escolher um foro para as diversas possibilidades de participação do Judiciário na arbitragem, inclusive para a concessão de medidas cautelares.*

*Acredita-se que a melhor solução para tais contratos seja realmente a exclusão total da cláusula de eleição de foro. Toda-*

*via, no caso de se pretender manter a cláusula, o recurso à jurisdição estatal escolhida só poderá ocorrer: (i) se as partes (de comum acordo) desistirem da arbitragem; ou (ii) se a questão objeto da disputa disser respeito a direito indisponível ou estiver compreendida nos limites do poder discricionário da ANP.<sup>27 41</sup>*

### **3. Conclusão**

Procuramos através do presente trabalho realizar uma breve análise sobre o instituto da arbitragem envolvendo entes da administração pública. Nosso foco foi a indústria do petróleo.

Esse ramo da economia, que forte peso tem para a economia do Estado do Rio de Janeiro e para o Brasil, através da atuação da Petrobras, deve ser analisado com bastante cautela pelos operadores de direito.

Por conta de tal importância, o Estado brasileiro deve estar bem afinado com a experiência internacional sobre a solução de litígios envolvendo os contratos de direito do petróleo.

Em razão disto, traçamos um panorama inicial sobre a utilização da arbitragem por entes da Administração Pública, seja ela direta ou indireta – como é o caso da Petrobras. Procuramos concluir pela possibilidade de utilização desse meio de solução de litígios por estes entes, por estarem presentes os requisitos tanto de arbitrabilidade subjetiva quanto objetiva.

Finalmente, aplicamos os estudos de arbitragem aos contratos da indústria do petróleo. Observamos que pela prática desenvolvida pela ANP, o Brasil, pelo menos no ramo petrolífero, vem consagrando a arbitragem como o mecanismo para solução de conflitos.

---

\* Mestranda em Direito Internacional e da Integração da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista do PRH 033.

#### 4. Referências bibliográficas

- BUCHÉB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª Edição. São Paulo: Ed Atlas. 2003.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. A arbitragem e a disponibilidade de direitos no *ius publicum* interno, In: *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez (Coords.). São Paulo: LTr. 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.
- FILHO, Cláudio Valença, Arbitragem e contratos administrativos, In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* nº 9.
- FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs) : características, regulação e princípios. In: *Interesse Público*, vol. 6, nº29. 2005.
- LEMES, Selma M. Ferreira Lemes. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública – A empresa estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público. In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. São Paulo: Ed Forense. 1999.
- LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de arbitragem e o art. 23, XV, da lei de concessões. *RDA* 209:91.
- MARTINS, Pedro A. Batista. O poder judiciário e a arbitragem: quatro anos da lei nº 9.307/196 (3ª Parte). *Revista Forense* 359:165.
- MEDEIROS, Suzana Domingues. Algumas questões sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.5, nº 17. Rio de Janeiro. 2004.
- \_\_\_\_\_, Suzana Domingues. Estudo realizado na dissertação *Submissão do Estado brasileiro à Arbitragem*, defendida em agosto de 2005, no mestrado de Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro: Malheiros. 1993.
- PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitribilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*. Parecer emitido enquanto advogado do Escritório Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados.
- TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: *Estudos e Pareceres no Direito do Petróleo e Gás*. Marilda Rosado de S. Ribeiro (org.) 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2005.
- WALD, Arnoldo, A arbitragem e as sociedades de economia mista, In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, vol.19.

## 5. Notas

1 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 19.

2 FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs) : características, regulação e princípios. In: *Interesse Público*, vol. 6, nº29. 2005. p.51.

3 LEMES, Selma M. Ferreira Lemes. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública – A empresa estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público. In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. São Paulo: Ed Forense. 1999. p. 24.

4 TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: *Estudos e Pareceres no Direito do Petróleo e Gás*. Marilda Rosado de S. Ribeiro (org.) 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2005.

5 Lei nº 9.307/96: Art. 30. *No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:*

*I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;*

*II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.*

*Parágrafo único O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.*

6 “Quando se trata de uma decisão proferida por autoridade judicial, o remédio para a parte descontente é recorrer à instância superior, na tentativa de uma eventual reforma do julgado. Mas essa solução não é aplicada na arbitragem, já que a decisão proferida por tribunal arbitral não é passível de revisão de mérito, sendo definitiva e final. Portanto, quando as partes optam por submeter suas controvérsias à arbitragem, já devem saber que a decisão a ser proferida pelos árbitros não será passível de revisão e deverá ser cumprida em sua integralidade. (...) Toda decisão arbitral – da mesma forma que a judicial – deve ser efetiva e, assim, a problemática de sua nulidade representa uma patologia que deve ser evitada pelas partes envolvidas no processo.” DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 361.

7 “O Código Comercial de 1850 e o Regulamento 737 do mesmo ano tratam da arbitragem obrigatória, ou seja, a arbitragem imposta como meio de solução de determinados litígios, independentemente da vontade das partes. Assim, todas as questões que resultassem de contratos de locação mercantil (C. Comercial, art. 245), que envolvessem matéria societária em geral (C. Comercial, art. 294) e liquidação de sociedades (C. Comercial, art. 348), ou em casos de naufrágios (C. Comercial, art. 7390, avarias (C. Comercial, art. 783) e quebras (C. Comercial, art. 846) deviam ser solucionadas obrigatoriamente pela via arbitral. Essa arbitragem compulsória deixou de existir no País com o advento da Lei nº 1.350 de 1866.” DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 20-21.

8 Lei 9.307/96: “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.

9 Selma M. Ferreira Lemes. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o estado e a concessão de serviço público. In: *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*, Pedro A. Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Ed. Forense. 1999. p. 183.

10 MEDEIROS, Suzana Domingues. Algumas questões sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.5, nº 17. Rio de Janeiro. 2004. p. 97.

11 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª Edição. São Paulo: Ed Atlas. 2003. p. 67.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro: Malheiros. 1993. p. 28.

13 WALD, Arnoldo, A arbitragem e as sociedades de economia mista, In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, vol.19. p. 377.

14 FILHO, Cláudio Valença, Arbitragem e contratos administrativos, In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* nº 9. p. 370.

15 FERREIRA, Sergio de Andréa. A arbitragem e a disponibilidade de direitos no *ius publicum* interno, In: *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez (Coords.). São Paulo: LTr. 2002. p. 54 e ss.

16 Compartilham desta posição Defendem essa posição Caio Tácito, Cláudio Vianna

de Lima, Pedro Batista Martins, Adilson de Abreu Dallari, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Alexandre Freitas Câmara, Mauro Roberto Gomes de Mattos e Selma Lemes.

17 PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitralidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*. Parecer emitido enquanto advogado do Escritório Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados.

18 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. 1998. p. 92.

19 Lei 8.666/93: 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 § 6 do art. 32 desta Lei."

20 MEDEIROS, Suzana Domingues. Estudo realizado na dissertação *Submissão do Estado brasileiro à Arbitragem*, defendida em agosto de 2005, no mestrado de Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

21 LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de arbitragem e o art. 23, XV, da lei de concessões. *RDA 209:91*. p. 98.

22 MARTINS, Pedro A. Batista. O poder judiciário e a arbitragem: quatro anos da lei nº 9.307/96 (3ª Parte). *Revista Forense* 359:165, p. 173.

23 PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitralidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*. Parecer emitido enquanto advogado do Escritório Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados.

24 LEMES, Selma M. Ferreira Lemes. A arbitragem e os novos rumos empreendi-

dos na Administração Pública – A empresa estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público. In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. São Paulo: Ed. Forense. 1999. p. 27.

25 Processo nº 2003.001.051889-1, TJRJ, Ação Popular, 8ª Vara de Fazenda Pública, distribuído em 09.05.03.

26 Recurso Especial nº 612439, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.10.2005.

27 Exceto na decisão 188/95, em que aceitou cláusula de arbitragem com base no artigo 23, XV da Lei de Concessões.

28 No mesmo sentido as Decisões do TCU: 394/95, 587/2003, 906/2003.

29 Tribunal de Contas de São Paulo Processo nº 7223/026/98, Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga, publicado no DOE de 30.09.99.

30 TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: *Estudos e Pareceres no Direito do Petróleo e Gás*. Marilda Rosado de S. Ribeiro (org.) 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. (2005)

31 TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: *Estudos e Pareceres no Direito do Petróleo e Gás*. Marilda Rosado de S. Ribeiro (org.) 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. (2005)

32 TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: *Estudos e Pareceres no Direito do Petróleo e Gás*. Marilda Rosado de S. Ribeiro (org.)

1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. (2005)

33 Como nosso presente trabalho refere-se a arbitragem envolvendo entes da administração públicas, não estamos tratando da submissão de conflitos privados à arbitragem na indústria do petróleo.

34 Art. 2º da Lei: “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 convenicionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

35 TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: *Estudos e Pareceres no Direito do Petróleo e Gás*. Marilda Rosado de S. Ribeiro (org.) 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. (2005)

36 BUCHEB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2002. p.61.

37 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 458.

38 Os seguintes países adotam a arbitragem nos seus contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás: Angola, Bolívia, Catar, China, Dinamarca, Dubai, Egito, Filipinas, Holanda, Iêmen, Indonésia, Irã, Malásia, Nigéria, Noruega, Omã, Peru, Reino Unido, Rússia, Tailândia, Trinidad e Tobago e Venezuela. Marcelo de Oliveira Mello.

39 BUCHEB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2002. p.14.

40 A minuta do contrato de concessão foi publicada em março de 2004 (<http://www.brasil-rounds.gov.br/round6/contrato.asp>). Acesso em 26.10.2005.

41 TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: *Estudos e Pareceres no Direito do Petróleo e Gás*. Marilda Rosado de S. Ribeiro (org.) 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. (2005)